

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXV
2019



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Periodicidad: Anual
Precio del Tomo: 26,00 € (más gastos de envío).

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Secretariado (Departamento de Filosofía del Derecho y Moral); Facultat de Dret, Edifici
Departmental Occidental, Campus dels Tarongers,
46071 VALENCIA. Tels.: 96 382 81 29/30
E-mail: afd@mjusticia.es

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
tienda@boe.es

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXV
2019

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2019

AFD Anuario de Filosofía del Derecho

El Anuario de Filosofía del Derecho es una revista anual vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), que se edita desde 1953 por el centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.



<http://cpage.mpr.gob.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

ISSN: 0518-0872

NIPO (AEBOE): 043-19-118-2 (edición en papel)

043-19-119-8 (edición en línea, pdf)

NIPO (M.º de Justicia): 051-15-010-1 (edición en papel)

051-15-049-6 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-11151-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

PRESENTACIÓN DEL AFD 2019

El volumen XXXV (nueva época) del Anuario de Filosofía del Derecho contiene las secciones que son habituales en la revista. En el apartado relativo a los Estudios de teoría y de filosofía del derecho se recogen ocho artículos que dan cuenta de la riqueza y múltiples perspectivas en esta materia. El trabajo *La emancipación de las mujeres. El feminismo y el socialismo de Anna Kuliscioff*, de M.^a del Carmen Barranco se centra en la vida y obra de Anna Kuliscioff como ejemplo de coherencia entre el socialismo y el feminismo. Se reinterpretan las ideas de Kuliscioff desde categorías actuales que permiten entender que la emancipación de las mujeres no es otra cosa que el reconocimiento formal y material de su capacidad de obrar.

Sigue el estudio *Sobre la naturaleza de la filosofía del derecho: bases para un proyecto de filosofía del derecho* de Tomás de Domingo, en el que se defiende que la filosofía del derecho debe tratar de comprender el sentido del derecho en sus últimas causas y dar razón de todas sus dimensiones, integrando además la historia de la filosofía del derecho. A partir de tales premisas se sientan las bases para acometer un proyecto de filosofía del derecho, estableciendo el punto de partida y los principales objetivos del mismo.

En *Retos éticos y jurídicos que plantea la edición genética embrionaria a la luz del marco legal vigente en el ámbito europeo: una mirada crítica*, Iñigo de Miguel y Ekain Payán abordan los avances en el área de la edición genética, en concreto, a través de CRISPR/Cas9, y el intenso debate ético y jurídico a propósito de esta cuestión. En este artículo, los autores defienden que dicha herramienta puede curar y tratar enfermedades graves, debiendo preservar el genoma individual del sujeto concreto frente a los imprecisos riesgos en el genoma de la humanidad. En cualquier caso, consideran que es imprescindible ponderar los bienes jurídicos y el éxito esperado, realizando, en su caso, modificaciones de algunos de los textos vigentes.

Por su parte, Víctor Merino en *La (a)simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul*, aborda la discusión acerca de la simetría o asimetría de género en la comisión de la violencia doméstica surgida tras ciertos estudios criminológicos, que parecía no ser relevante en el ordenamiento jurídico español, ya que, en la definición de la violencia tiene en cuenta el género. El Convenio de Estambul equipara las razones de género a la afectación desproporcionada contra las mujeres, criterio cuantitativo que recuerda al paradigma de la simetría. Desde los trabajos preparatorios del Convenio de Estambul se pone de manifiesto que su marco conceptual parece asumir dicho paradigma. Así, en este artículo se valora, desde la conveniencia de ampliar la consideración de violencia a otros actos, si se debe rechazar esta equiparación en una conveniente reforma de la ley española.

El siguiente trabajo de Ángel Pelayo González-Torre titulado *Globalización, Universidad y Filosofía del Derecho* se ocupa de los cambios que ha experimentando la universidad como consecuencia de los procesos globalizadores y la forma en que dichos cambios están alterando el modelo educativo. Desde este planteamiento se aborda la posición que pueden adoptar en este marco los estudios de Filosofía del derecho.

A continuación, en *Derechos fundamentales y mediación en violencia de género*, M.^a Dolores Pérez analiza cómo la mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos están siendo considerados por el Derecho privado o dispositivo como nuevas herramientas para una mejor resolución de los conflictos jurídicos. Sin embargo, en el ámbito del Derecho público, especialmente el Derecho penal, la mediación no está encontrando igual acogida, es más, en la violencia de género la legislación española excluye la mediación. La autora propone implementar la mediación solo en aquellos delitos menos graves de violencia de género, en el marco de las garantías que la mediación establece y, sobre todo, en el respeto de los derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva.

El artículo *Un derecho de palabras y silencios*, de M.^a Olga Sánchez se ocupa de la reacción del Derecho ante el silencio, cómo se pronuncia sobre él, haciéndolo parte del contenido de derechos, como en el derecho de defensa y en la libertad de expresión. El Derecho advierte de los peligros del silencio en la censura; lucha contra él para recuperar la memoria; lo impone para hacer efectivo el olvido; lo explora para hacerle referente en la constitución, continuación o extinción de una relación jurídica, para estimar o no una petición a la administración y para producir nuevo derecho.

Cierra esta sección José Antonio Sendín con su estudio sobre *La concepción kelseniana de los juicios de valor*, en el que se ocupa de cuestiones como el análisis crítico de la tipología de los juicios de valor que Kelsen ofrece en la *Reine Rechtslehre*, distinguiendo entre juicios de valor y juicios de realidad y, dentro de estos, unas categorías

«especiales»; el problema de la valoración de las normas jurídicas a partir de normas de justicia; los cambios que experimentó su concepción en la etapa final de su pensamiento, presidida por la *Allgemeine Theorie der Normen*; y finalmente, la forma como, desde la perspectiva kelseniana, los juicios de valor morales y políticos pueden influir en el desarrollo de la actividad científico-jurídica, y cuál es la actitud que deben mantener los científicos del Derecho hacia ellos.

Por otro lado, bajo el rótulo de crítica bibliográfica se recoge un conjunto de reflexiones sobre libros dedicados a materias filosófico-jurídicas y afines. Se ofrecen nueve reseñas de publicaciones recientes que intentan acopiar la pluralidad de intereses y reflejar, de forma al menos parcial, la producción literaria en el ámbito de la filosofía del derecho y política. Se pretende así contribuir a la difusión de obras de reciente publicación y consolidar un espacio de actualidad editorial en temas de relevancia.

Con la misma voluntad de llevar a cabo una tarea eminentemente divulgativa, en la sección de noticias se ofrece información sobre actividades académicas y de investigación que pueden resultar de interés.

El apartado relativo al obituario, que como siempre pretende ser un homenaje a profesores y profesoras que han dejado un significativo legado intelectual y académico, se dedica en esta ocasión al recuerdo de los profesores Mario Ruiz y Danilo Zolo.

Como novedades importantes que dan cuenta del compromiso asumido para alcanzar la excelencia de la revista, destacar que se ha superado con éxito el proceso de renovación del Sello de Calidad Editorial y Científica de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) en el marco de la VI Convocatoria de evaluación de revistas, que se obtuvo por primera vez en 2014. Además, se ha mantenido la indexación en prestigiosos índices nacionales, entre los que cabe destacar CARHUS Plus+2018 (ahora en clasificación A), e internacionales que consolidan a este Anuario como una publicación de referencia.

Quisiera agradecer a Javier de Lucas y a María José Añón, anteriores directores del Anuario, su buen hacer para consolidar y potenciar esta revista, y su apoyo desinteresado. Asimismo, me gustaría mostrar especial gratitud a Mario Ruiz, el director que me precedió en el Anuario. Antes de asumir la dirección ejerció de secretario durante muchos años. Conocía muy bien el contexto de las publicaciones científicas y, en particular, de las revistas de nuestra área de conocimiento. Tanto en sus años en la secretaría, como sobre todo durante su dirección, se implicó al máximo con esta publicación. Los reconocimientos que recibió el Anuario bajo su dirección fueron la consecuencia natural de su afán por el trabajo bien hecho. Los que tuvimos el privilegio de trabajar con Mario durante esos años, nos admirábamos de cómo combinaba el rigor y la imparcialidad en los criterios de publicación, con la amabilidad y el buen humor. Desde la profunda añoranza de su personalidad inigualable, intentaremos preservar su legado.

Un último agradecimiento al Consejo Asesor por su soporte y al Consejo de Redacción por su esfuerzo e implicación; así como a todas y todos los que han colaborado en este número por su interés y ayuda para que este nuevo volumen sea ya una realidad.

Enero 2019

ÁNGELES SOLANES CORELLA

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN DEL AFD 2019: ÁNGELES SOLANES CORELLA (Directora del <i>Anuario</i>)	5
 I. ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA DEL DERECHO	
BARRANCO AVILÉS, M. ^a del Carmen (Universidad Carlos III de Madrid) <i>La emancipación de las mujeres. El feminismo y el socialismo de Anna Kuliscioff</i>	15
DE DOMINGO PÉREZ, Tomás (Universidad Miguel Hernández de Elche) <i>Sobre la naturaleza de la filosofía del derecho: bases para un proyecto de filosofía del derecho</i>	43
DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo y Payán Ellacuría, Ekain (Universidad del País Vasco UPV/EHU) <i>Retos éticos y jurídicos que plantea la edición genética embrionaria a la luz del marco legal vigente en el ámbito europeo: una mirada crítica</i>	71
MERINO SANCHO, Víctor (Universitat Rovira i Virgili) <i>La (a)simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul</i>	93
PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel (Universidad de Cantabria) <i>Globalización, Universidad y Filosofía del derecho</i>	127
PÉREZ JARABA, M. ^a Dolores (Universidad de Jaén) <i>Derechos fundamentales y mediación en violencia de género</i> .	155
SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. ^a Olga (Universidad de Cantabria) <i>Un derecho de palabras y silencios</i>	181
SENDÍN MATEOS, José Antonio (Universidad de Salamanca) <i>La concepción kelseniana de los juicios de valor</i>	211

II. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

CAMPIONE, Roger y Ruschi, Filippo (Coords.): <i>Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 327 pp. (Beatriz González Minguela, Universidad de Oviedo).....	245
DE LUCAS MARTÍN, Javier; Vidal Gil, Ernesto; Fernández Ruiz-Gálvez, Encarnación y Bellver Capella, Vicente (eds.), <i>Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompert</i> , Tirant lo Blanch, Valencia 2018, en dos volúmenes: vol. I, 1071 pp.; vol II, 1076 pp. (Santiago Sánchez Morales. Universidad Panamericana, Campus de Aguascalientes, México)	250
DÍAZ, Elías, <i>Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya</i> , Madrid, Trotta, 2018, 160 pp. (Julián Sauquillo, Universidad Autónoma de Madrid).....	256
GARRIDO GÓMEZ, M. ^a Isabel, <i>El soft law como fuente del derecho transnacional</i> , Dykinson, Madrid, 2017, 236 pp. (Ángeles Solanes Corella, Universitat de València).....	263
LLANO ALONSO, Alfonso H, <i>El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón</i> , Dykinson, Madrid, 2017, 201 pp. (José Luis Pérez Triviño, Universitat Pompeu Fabra).....	268
PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, <i>Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi</i> , Atelier, Barcelona, 2018, 257 pp. (Ana M. ^a Jara Gómez, Universidad de Granada).....	271
ROGEL VIDE, Carlos, <i>Personas, animales y derechos</i> , Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus, Madrid, 2018, 110 pp. (Víctor Crespo Santiago, Universidad Complutense de Madrid).....	275
SANTOS RODRÍGUEZ, Patricia, <i>Los derechos humanos a examen: una revisión clásica en el 70.º aniversario de la Declaración Universal</i> , Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, 103 pp. (Juan María Martínez Otero, Universitat de València).....	280
SOLANES CORELLA, Ángeles, <i>Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 488 pp. (M. ^a José González Ordovás, Universidad de Zaragoza).....	285

III. NOTICIAS

<i>V Congreso Internacional «El tiempo de los Derechos»</i> , Universidad de Valladolid, 5 y 6 de noviembre de 2018, (Javier García Medina, Universidad de Valladolid).....	293
---	-----

	Pág.
<i>III Coloquio entre civilistas y filósofos del derecho</i> , Universidade de Santiago de Compostela, 27 y 28 de noviembre de 2018, (Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, Universidade de Santiago de Compostela).....	298
<i>Congreso Internacional 70 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos</i> , Valencia, 10 a 12 de diciembre de 2018, (Emilia Bea, Universitat de València).....	301
 IV. OBITUARIO	
<i>En memoria de Mario Ruiz Sanz</i> , Universitat de València, Universidad de Valladolid y Universitat Rovira i Virgili, 18 de octubre, 5 de noviembre y 14 de noviembre de 2018 (Víctor Merino Sancho, Universitat Rovira i Virgili).....	307
<i>El antinormativismo de Danilo Zolo</i> (Roger Campione, Universidad de Oviedo)	312

I

**ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

La emancipación de las mujeres. El feminismo y el socialismo de Anna Kuliscioff¹

Women's emancipation. Anna Kuliscioff's feminism and socialism

Por M.^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Por su vida y por su obra, Anna Kuliscioff constituye un ejemplo de que es posible la coherencia entre el socialismo y el feminismo. Frente a un socialismo en el que las mujeres son absorbidas por la idea de trabajador y un feminismo que pugna por amoldar la imagen de la mujer a la del titular abstracto, las propuestas de la autora son coherentes con la defensa de la igualdad en la diferencia. La reinterpretación de las ideas de Kuliscioff desde categorías actuales permite entender que la emancipación de las mujeres no es otra cosa que el reconocimiento formal y material de su capacidad de obrar.

¹ El origen de esta investigación se encuentra en mi participación en la Sesión del Seminario permanente di Teoria del diritto e Filosofia pratica. XXI ciclo, *Questioni e figure della cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento. Uno sguardo dal presente*, dedicado a «La cittadinanza delle donne: lavoro, istituzioni, diritto di famiglia in Anna Kuliscioff (1855-1925)», que tuvo lugar el 28 de marzo de 2017 y en el que compartí mesa con Maria Vittoria Ballestrero y Paolo Passaniti. La discusión partió del trabajo colectivo *Lavoro e cittadinanza femminile: Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, a cura di P. Passaniti, Milano, Franco Angeli, 2016 en el que ambos intervinieron. Agradezco a ambos y muy especialmente a Thomas Casadei, que moderó la mesa, la oportunidad de acercarme al pensamiento de la autora de referencia.

Palabras clave: *Derechos de las mujeres, derechos de las trabajadoras, cuestión femenina, feminismos, socialismo.*

ABSTRACT

The life and work of Anna Kuliscioff are examples of coherence between socialism and feminism. The author's proposals are fully consistent with the defense of equality in difference and, therefore, face socialism, in which women are absorbed by the idea of worker; and feminism, that makes women fit the image of the abstract human being. The reinterpretation of Kuliscioff's ideas from current categories allows us to understand that the emancipation of women is nothing other than formal and material recognition of their capacity to act

Key words: *Women's rights, worker's rights, woman question, feminisms, socialism.*

SUMARIO: 1. LA EMANCIPACIÓN DE LAS MUJERES Y LA «RUPTURA DEL “MONOPOLIO DEL HOMBRE”».–2. SEXO Y CLASE EN ANNA KULISCIOFF.–3. IGUALDAD Y DIFERENCIA «CORPORIZANDO EL SUJETO DE DERECHOS».–4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS MUJERES.

SUMMARY: 1. WOMEN'S EMANCIPATION: «BREAKING UP THE “MONOPOLY OF MAN”».–2. SEX AND CLASS IN ANNA KULISCIOFF.–3. EQUALITY AND DIFFERENCE «EMBODYING THE RIGHTS HOLDER».–4. ON WOMEN'S CAPACITY.

1. LA EMANCIPACIÓN DE LAS MUJERES Y LA «RUPTURA DEL “MONOPOLIO DEL HOMBRE”»

Anna Kuliscioff (1855-1925) es la versión en italiano de Anna Kulishova, que es como se conoció a Anna Moiséyevna Rozenshtein. Nacida en una familia acomodada de judíos rusos, se trasladó a Zúrich para estudiar ingeniería, pero fue seducida por el anarquismo y abandonó la Universidad. Regresó a su país con el anarquista ruso con quien se había casado para participar en los movimientos revolucionarios; él fue condenado a trabajos forzosos y Anna Kuliscioff continuó su lucha en la clandestinidad. Consiguió trasladarse a París en 1878 y desde entonces desarrolló una intensa actividad política en Francia, Italia y Suiza. Además, conoció a Andrea Costa con quien mantuvo

una relación y tuvo una hija. En uno de sus reiterados arrestos, contra-jo tuberculosis, quedando su salud afectada de por vida.

Precisamente por razones de salud se trasladó a Nápoles en 1884. En Italia se graduó en medicina y se especializó en obstetricia y ginecología e inició su transición ideológica hacia el socialismo. Simultaneó la política y el ejercicio de su profesión siempre en beneficio de mujeres trabajadoras y pobres hasta 1891, cuando, en parte por motivos de salud, cerró la clínica.

Se dice que fue Anna Maria Mozzoni, destacada feminista, quien le presentó a Filippo Turati, que fue su pareja y compañero de lucha en lo sucesivo. Ambos constituyeron figuras destacadas en la fundación del Partido Socialista Italiano (PSI). Fruto de su relación surgieron la revista *Critica Sociale* y la Liga Socialista de Milán (base del PSI) y el salón de su casa constituyó un lugar de encuentro para la discusión sobre la situación de los y las trabajadoras. Anna Kuliscioff continuó su actividad política hasta que su enfermedad la llevó a la muerte en 1925.

La existencia de la propia Anna Kuliscioff es un ejemplo de cómo el impulso de las mujeres resultó silenciado por la historia, a pesar de que tomaron parte activa en todos los procesos de finales del XIX y principios del XX². Por ejemplo, resultan tan significativos el papel de las mujeres en la Primera Guerra Mundial y la enorme presencia de las mujeres trabajadoras en las industrias, como las intensas campañas institucionales y religiosas de retorno al hogar emprendidas al hilo del regreso de la mano de obra masculina al finalizar el conflicto³. En España la periodificación es distinta, pero la invisibilidad de las mujeres también se produjo, prolongándose su respaldo jurídico en el tiempo hasta el final de la dictadura franquista y manteniéndose en las prácticas culturales más allá⁴.

² SPRINGER, B. T., «Anna Kuliscioff: Russian Revolutionist, Italian Feminist», *European women on the left*, Greenwood Press, 1981, pp. 13-27, p. 13.

³ OFFEN, K., *European Feminisms. 1700-1950. A Political History*. Stanford University Press, 2000, p. 252. El fenómeno se reproduciría después de la Segunda Guerra Mundial, como ilustra Lerner, G., «Women's Rights and American Feminism», *The Majority Finds its Past. Placing Somen in History*, Oxford University Press, 1981, pp. 48-62, p. 60. «La Segunda Guerra Mundial, como hicieron las guerras previas, expuso a las mujeres de las clases trabajadoras a las posibilidades de trabajos bien pagados, guarderías gratuitas y oportunidades de formación para empleos especializados. Pero después de la guerra «Rosie, la Remachadora» fue llamada a volver al hogar al que pertenecía y a producir bebés, no barcos».

⁴ Sobre España puede verse FOLGUERA, P., «Las mujeres durante la guerra civil» y «El franquismo. El retorno a la esfera privada (1939-1975)», en Garrido, E. (ed.), *Historia de las mujeres en España*, Madrid, Síntesis, 1997, pp. 515-571. Y en cuanto a las políticas públicas y la campaña ideológica para la construcción el ángel del hogar en este país, puede verse NASH, M., «Pronatalism and motherhood in Franco's Spain», in Bock, G., y Thane, P. (ed.), *Maternity and Gender Policies. Welfare States, 1880s-1950s*, London, Routledge, 1991, pp. 160-177.

El fenómeno es acompañado, en el caso de Italia, por la ideología y el régimen fascistas. En este contexto, la exclusión de entreguerras ya tuvo su precedente en el silenciamiento de la participación de las mujeres en la unificación, tras la que, inútilmente, por ejemplo, Anna Maria Mozzoni había pretendido que el código civil unificado afirmase la emancipación de las mujeres, apelando al sentido de igualdad entre todos los miembros de la especie humana, que se sitúa en la base de la revolución⁵:

«¿Quién es a menudo condenado a la inmoralidad y a la infamia por su enorme necesidad? La mujer ¿Para quién la ley es tacaña en protección y rica en disciplina? Para la mujer ¿Para quién persigue el Estado fidelidad, hijos, contribuciones sin compensación como un conquistador despótico a una nación subyugada? Para la mujer. ¡La mujer y siempre la mujer! La encontraréis donde quiera que haya un martirio. Se dice que como criatura humana se considera inferior; como esposa está incapacitada; como madre no existe; como hija es un objeto disponible; en la ciudad es un pupilo; en la nación una cifra que representa el valor de su censo»⁶.

Entre otros argumentos, uno al que Mozzoni atribuye un especial peso en su reivindicación es el del papel de las mujeres en la historia de Italia⁷. Figuras como Kuliscioff constituyen un ejemplo de lo parcial que ha resultado hasta hace relativamente poco tiempo la reconstrucción histórica y, tanto con su vida, como con sus obras, pone de manifiesto la falacia de la «mujer de su casa», que solo se corresponde, y a duras penas, con el modelo de las mujeres occidentales de clase media. La propaganda que en torno a los años 20 comienza a realizarse a través del cine o las series de televisión (por ejemplo, *Bewitched*, 1964-1972)⁸, y las campañas publicitarias de productos de limpieza y electrodomésticos pretenderán equiparar a este modelo a las mujeres de las clases trabajadoras.

El fenómeno no deja de tener su interés y se sitúa en armonía con un sistema de protección social construido desde el esquema del *breadwinner model*, y, en el caso de los modelos como el italiano y el

⁵ OFFEN, K., *European Feminisms. 1700-1950. A Political History*. Stanford University Press, 2000, p. 121. MOZZONI, A. M., *La donna e i suoi rapporti social. In occasione della revisione del Codice civile italiano*, Milano, 1864. Recogido en *La liberazione della donna* a cura de P. Bortolotti, Milano, Gabriele Mazzotta Editore, 1975 (disponible en e-text https://www.liberliber.it/mediateca/libri/m/mozzoni/la_liberazione_della_donna/pdf/la_lib_p.pdf, última consulta 20-9-2017).

⁶ MOZZONI, A. M., *Dei diritti delle donna*, e-text, 2010, p. 35 (disponible en https://www.liberliber.it/mediateca/libri/m/mozzoni/dei_diritti_della_donna/pdf/mozzoni_dei_diritti_della_donna.pdf, última consulta 20-9-2017), extraído de *Dei diritti della donna*, Milano, Società per le letture pubbliche Editrice, 1865.

⁷ *Ibidem*, pp. 38-45.

⁸ CASCAJOSA, C., y FERNÁNDEZ, M., «Género y estudios televisivos», en Clúa, I. (ed.), *Género y cultura popular. Estudios culturales I*, U. A. B., 2008, pp. 177-228, p. 201.

español, con el familiarismo en la atención a la dependencia⁹. En uno y otro caso, las mujeres se consideran dependientes de los hombres (de modo que se justifica que merezcan un salario menor, que recibe el tratamiento de complemento al recibido por sus maridos), y responsables del cuidado de los restantes miembros de la familia. Por ejemplo, en España, desde 1960 se mantuvo el matrimonio como causa de extinción de la relación laboral por decisión de la trabajadora; hasta 1970, esta decisión generaba el derecho a percibir una indemnización. Y es que, a pesar de que tal vez es un aspecto no suficientemente estudiado, las políticas públicas de bienestar han afectado a la situación de las mujeres, a veces mejorando sus condiciones materiales de existencia, pero también en numerosas ocasiones reforzando su dependencia con respecto a los maridos¹⁰. En algunos lugares, y fue el caso de Italia, los primeros pasos hacia el Estado de bienestar implicaron medidas para «aliviar algunos aspectos de la miseria y pobreza femenina, particularmente los relacionados con la maternidad»¹¹. Precisamente en este contexto es en el que se sitúa la dimensión del pensamiento de Kuliscioff que me interesa abordar en este trabajo. Y es que Anna Kuliscioff se aleja de una construcción de lo que significa ser mujer que se articula sobre los roles de madre y esposa, y también de la imagen del papel histórico de las mujeres que las dibuja recluidas en el hogar.

Aun con la pretensión de generar un nuevo modelo de mujer, esta representación del papel de la mujer en la historia es en buena medida compartida por la percepción del «feminismo» coetáneo a Kuliscioff, que a veces se esfuerza por encontrar ejemplos de mujeres heroicas que se salen del rol asignado¹². Frente a esta percepción extendida y basada en la experiencia de las mujeres de clase media y alta, las

⁹ AÑÓN, M. J., y MIRAVET, P. «Paradojas del familiarismo en el Estado del bienestar: mujeres y renta básica», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 23, núm. 2, 2005, pp. 101-121, p. 103. Sobre los modelos de protección en Europa puede verse BRAS GOMES, V., «Individualization and the Crumbling of the Welfare State», en GUICHON, A., VAN DEN ANKER, C. L. Y NOVIKOVA, V., *Women's Social Rights and Entitlements*, New York, Palgrave Macmillan, 2006, pp. 19-38, p. 21.

¹⁰ BOCK, G. and THANE, P. (ed.), «The Relationship Between Research on Welfare States and on Women's and Gender History», *Maternity and Gender Policies*, cit., pp. 4-13, p. 4.

¹¹ *Idem*.

¹² LERNER, G., «New Approaches to the Study of Women», *The Majority Finds Its Past*, cit., pp. 3-14, p. 4, muestra cómo en el caso de la Historia de Estados Unidos, las escritoras feministas son las primeras en recuperar el papel de las mujeres, y muestra también cómo los trabajos suelen presentar dos sesgos. En primer lugar, en la medida en que estas feministas «compartían el punto de vista de clase media, nativista y moralista de los Progresistas, tendieron a censurar fuera de existencia a todo aquel que no encajaba en este patrón»; el segundo sesgo que aprecia Lerner tiene que ver con la creencia de las feministas «de que la historia de las mujeres es importante sólo en la medida en que representa la historia de un grupo oprimido en su lucha contra su opresor». Según la autora, la Historia económica prestó más atención a la actividad de las mujeres trabajadoras que el feminismo, *ibidem*, p. 5.

mujeres campesinas siempre han trabajado fuera de casa y el servicio doméstico en casas ajenas ha sido tradicionalmente desempeñado por mujeres. En la época de Anna Kuliscioff, las mujeres rurales compaginan su trabajo en la casa con su trabajo en el campo, y las mujeres urbanas de las clases trabajadoras desempeñan trabajos mal remunerados y poco reconocidos en las fábricas o en el sector servicios¹³. Tanto en el ámbito rural, como en las ciudades, el empleo en el hogar es desempeñado por mujeres. En Estados Unidos, en buena medida, por mujeres negras. Esta cuestión es importante, porque durante todo el siglo xx se oscurecerá la contribución de las mujeres a la economía, no solo porque no se valora el trabajo doméstico y de cuidado, sino porque se niega la realidad de su participación en la actividad económica más allá del hogar. A esta desconsideración ha contribuido que en numerosas ocasiones la ingente actividad económica adicional de las mujeres se desenvuelva en el mercado informal de trabajo o en subempleos.

En el imaginario de la época, muchas veces compartido por los movimientos feministas, como el feminismo negro se ocupará después de denunciar, se mantiene la idea de que las mujeres no trabajan, invisibilizando a las mujeres trabajadoras. Desde estas coordenadas se puede comprender el desconcierto de Kuliscioff ante las barreras impuestas para el ejercicio de actividades profesionales por parte de las mujeres de clase media, en un contexto en el que las mujeres trabajadoras ya habían poblado las fábricas.

Efectivamente, Anna Kuliscioff se extraña de que se esgrima con vehemencia el argumento de la protección de las familias frente a las pretensiones de las mujeres de clase media a la hora de concurrir con los hombres en el acceso a las profesiones reconocidas y bien remuneradas, pero nadie se acuerda de la desprotección en la que quedan los hijos de las trabajadoras, cuyas madres se ven sometidas a interminables jornadas laborales¹⁴.

En este sentido, subraya Springer cómo Kuliscioff:

«señaló la hipocresía de una sociedad que toleraba el abandono de los niños de la clase trabajadora por parte de las mujeres en empleos mal pagados, pero censuraba la desaparición de la vida familiar de

¹³ Para una imagen de la situación ver PISA, B., «Il lavoro femminile nella struttura sociale italiana», en TARICONE, F., y PISA, B., *Operarie, borghesi, contadine nel XIX secolo*, Roma, Carucci, 1985, pp. 118-264.

¹⁴ KULISCIOFF, A., *Il monopolio dell'uomo* (1894), Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2008, p. 48, el trabajo recoge el texto de una conferencia pronunciada el 27 de abril de 1890, en el Círculo Filológico Milanés. También en «Il monopolio dell'uomo», en KULISCIOFF, A., *La questione femminile e altri scritti* a cura di M. Bobbio e A. Cerliani, Venezia, Marsilio Editori, 1981, pp. 3-46. Esta obra recopilatoria forma parte de la colección *Il riformismo socialista italiano*, a cura de Orazio Publiese, en la que aparece como vol. II, *Kuliscioff*.

clase media como resultado de la competencia de las mujeres de clase media por posiciones profesionales deseables»¹⁵.

En el caso de Italia, un ejemplo claro de los obstáculos que encontraron las mujeres para el ejercicio profesional lo encontramos en el campo del Derecho. Así, Lidia Poet desató la polémica en el momento en el que, cumplidos los requisitos al efecto, solicitó la inscripción en el Colegio de Abogados de Turín. A pesar de la disputa, su solicitud fue aceptada, lo que provocó la dimisión de dos de los miembros del Consejo. La admisión fue impugnada y anulada por la Corte de Apelación de Turín; el recurso de casación frente a esta última decisión fue desestimado entre otros con el argumento de que:

«La influencia del sexo sobre la capacidad y la condición jurídica ha sido dondequiera siempre tal que los legisladores se han visto en la necesidad, precisamente por razones de orden moral y social, no menos que por el interés de la familia, que está en la base de la sociedad, de tener que reconocer y mantener en vigor con respecto a la mujer un estado particular restrictivo de Derecho, o al menos, de ciertos derechos»¹⁶.

Por su profesión y por la ideología que inspira su actividad política, a Anna Kuliscioff le preocupan las mujeres trabajadoras, pero, además, y en la medida en que concibe el trabajo como fuente de perfeccionamiento de la especie humana, considera el trabajo de la mujer como el núcleo de toda la cuestión femenina¹⁷. En su pensamiento, la independencia económica implica la puerta de acceso al asociacionismo y a partir de ahí a la conquista de los derechos civiles y políticos. Comenzando por este último aspecto, podemos recordar sus palabras:

«... solo con el trabajo equitativamente retribuido, o retribuido al menos en igualdad con el hombre, la mujer dará el primer paso adelante y el más importante, porque solo volviéndose económicamente independiente, se sustraerá del parasitismo moral, y podrá conquistar su libertad, su dignidad y el verdadero respeto del otro sexo»¹⁸.

¹⁵ «Anna Kuliscioff: Russian Revolutionist, Italian Feminist», cit., p. 21.

¹⁶ TARICONE, F., «Associazionismo e interventismo femminile» en Taricone, F., y PISA, B., *Operaie, borghesi, contadine nel XIX secolo*, cit., pp. 10-115, p. 26. Otro caso digno de mención de los recogidos en este trabajo es el de Teresa Labriola, docente de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma, cuya inscripción fue aceptada por el Colegio en julio de 1912 con el argumento de que si el sexo no era un obstáculo para ser admitida en la Universidad, tampoco podía serlo para el ejercicio de la abogacía. En menos de un mes, la admisión fue revocada por la Corte de Apelación y, una vez más, el recurso de casación fue desestimado (pp. 27 y 28).

¹⁷ *Il monopolio dell'uomo*, cit., p. 19.

¹⁸ *Idem*, pp. 26-27.

En el análisis que hace Kuliscioff, en épocas anteriores, la fuerza física requerida para el trabajo, situaba a las mujeres en desventaja con respecto al hombre. Sin embargo, esta desventaja queda sin justificación en el caso de las «mujeres modernas». Efectivamente, en relación con el análisis sobre la lucha de la mujer por la existencia a lo largo de los siglos, desde los pueblos primitivos, afirma «se podría decir... que el primer animal doméstico del hombre ha sido la mujer»¹⁹. El cambio que, subraya, se produce con la revolución industrial frente a la situación anterior, es que convierte en irrelevante la fuerza muscular e iguala a la mujer al hombre en la producción de la riqueza social, sentando las bases que hacen posible la ruptura del «monopolio económico del hombre» y, por tanto, la liberación de las mujeres de la dependencia económica²⁰.

Puesto que el trabajo de las mujeres es igualmente productivo desde los criterios de la época que el del hombre, es posible refutar los argumentos que se ofrecen para justificar que las mujeres reciban un salario inferior al de los hombres (el juego de la oferta y la demanda, la menor productividad de las mujeres y sus menores necesidades). La disparidad solo encuentra explicación, según Kuliscioff, en dos ideas. La primera de estas explicaciones es que las mujeres por tradición son sumisas y aceptan el papel asignado; frente a ello, hace un llamamiento a la movilización. La segunda explicación es que el salario que perciben las mujeres se sigue representando como complementario en un esquema en el que la mujer es considerada «como un *appendice dell'uomo*, no como persona en sí misma, que tenga derecho al trabajo y a vivir trabajando»²¹.

Resulta asombroso cómo la presentación del rol de las mujeres trabajadoras que realiza Kuliscioff en sus escritos políticos coincide con la descripción de la historiografía de las mujeres, así, dice Lerner:

«A pesar de que la mayoría de las mujeres ha trabajado siempre por las mismas razones que los hombres –autosuficiencia y soporte a los dependientes– su trabajo ha sido caracterizado por la marginalidad, temporalidad y el bajo status. Normalmente, han avanzado como extrañas en el mundo laboral definido por los hombres, a menudo tratadas como intrusas. Así, después de cada una de las principales guerras en las que se involucró la nación, las mujeres que durante el tiempo de guerra realizaron todos los trabajos y servicios esenciales, al final de la guerra fueron empujadas a sus trabajos tradicionales. Como trabajadoras, las mujeres han sido perjudicadas por la discriminación directa en la contratación, la formación, la promoción y, más profundamente, por su adoctrinamiento en

¹⁹ *Ibidem*, pp. 10-11.

²⁰ *Ibidem*, p. 16.

²¹ *Ibidem*, p. 42.

roles sexuales que les hizo considerar todo trabajo que hicieron como subsidiario a su trabajo principal: esposa y madre»²².

La situación de las mujeres trabajadoras, y en concreto la desigualdad salarial y la salud y la seguridad en el trabajo²³, constituye un aspecto central de la acción y de los escritos de Anna Kuliscioff, y es este foco el que le hace situarse a sí misma fuera de lo que entiende como «feminismo» en su contexto –punto que como veremos comparte con otros pensadores socialistas como Clara Zetkin y su admirado August Bebel²⁴–, en su opinión más pertinente en el caso de las mujeres de clases medias y altas. Conviene recordar que es médica, la *dottora dei poveri*, y que su participación activa en el Partido Socialista Italiano desde su fundación (1892) la convirtió en una de las figuras más importantes del reformismo²⁵. La primera ley sobre el trabajo de las mujeres, la *Legge per la tutela del lavoro femminile e minorile*, también llamada Ley Carcano, de 1902, recoge muchas, aunque no todas, de las propuestas del proyecto que fue elaborado por Anna Kuliscioff pero presentado por Turati ante el Parlamento²⁶.

2. SEXO Y CLASE EN ANNA KULISCIOFF

Anna Kuliscioff, y así lo afirma expresamente, no era feminista. Pero esta negación hay que contextualizarla por referencia al sentido del feminismo en su época, de modo que claramente su pensamiento puede adscribirse al feminismo si entendemos esta idea en un sentido más amplio. Y es que las aspiraciones con respecto a la emancipación y a la igualdad de las mujeres son compartidas por feministas a ella contemporáneas y por Anna Kuliscioff, sin embargo, difieren en cuanto a la representación de las mujeres. Claramente en Kuliscioff esta

²² LERNER, G., «The Majority Finds Its Past», en *The Majority Finds Its Past*, cit., pp. 160-167, p. 164.

²³ SPRINGER, B. T., «Anna Kuliscioff: Russian Revolutionist, Italian Feminist», cit., p. 21.

²⁴ OFFE, K., *European Feminisms. 1700-1950*, cit., p. 124. Esta es la línea del socialismo alemán de la época.

²⁵ Sobre el papel de Kuliscioff y Turati en el socialismo italiano, ver LANDOLFI, A., «Birth of Italian Socialism: Reform or Revolution?» en DI SCALA, S. M., *Italian socialism. Between Politics and History*, University of Massachusetts Press, pp. 9-19 y DI SCALA, S. M., «Changing Interpretations», en DI SCALA, S. M., *Italian socialism...*, cit., pp. 19-22. Springer, B. T. caracteriza el socialismo de Kuliscioff a partir de tres temas: populismo (o la defensa de que las reivindicaciones deben surgir de los propios trabajadores), flexibilidad (que implica que para ella el camino hacia el socialismo pueden ser diferentes en los distintos contextos) y feminismo. «Anna Kuliscioff: Russian Revolutionist, Italian Feminist», cit., p. 17.

²⁶ DI SCALA, S. M., *Dilemmas of Italian Socialism: The Politics of Filippo Turati*, The University of Massachusetts Press, 1980, p. 65. Sobre la influencia de Kuliscioff en Turati, ver pp. 9-10.

representación se realiza desde el plural y parte de la constatación de que la emancipación de las mujeres se enfrenta a distintos obstáculos en función de la clase a la que pertenecen. Es decir, mientras que para el feminismo coetáneo a Kuliscioff la imagen de la mujer era la de la mujer blanca y burguesa, y en la situación de esta mujer se centraban sus reivindicaciones, para Kuliscioff las cuestiones a resolver de modo inmediato, específicamente con respecto a las mujeres trabajadoras, se refieren a aquellas en relación con las cuales la explotación de estas resultaba más grave que la de los hombres trabajadores: desigualdad salarial y protección por maternidad. Desde el punto de vista actual se justifica considerar a Anna Kuliscioff una feminista y es posible afirmar también, como veremos, que en los escritos de la *dottora dei poveri* se encuentran algunas claves que se entienden bien desde la categoría de la interseccionalidad acuñada décadas después por Kimberlé Crenshaw²⁷.

Una de las claves para la comprensión del pensamiento de Kuliscioff se encuentra en las relaciones entre el feminismo y el socialismo en el momento que le tocó vivir. Al mismo tiempo, la posición de Kuliscioff con respecto al feminismo de aquel contexto pone de manifiesto una de las críticas que las propias mujeres feministas recuperarían años después y a muchos kilómetros de distancia, la que se dirige a la representación de la mujer desde los parámetros burgueses y occidentales. Por estas razones, resulta de interés prestar atención al modo en el que Kuliscioff afronta la posibilidad de compatibilizar sus dos ideologías, el socialismo y la emancipación de la mujer.

El principal argumento de su toma de postura por contraposición al feminismo de su momento es que considera que se trata de un movimiento burgués, ajeno a las cuestiones que para las trabajadoras resultan más urgentes. En su opinión, las reivindicaciones de las mujeres de clase media –que son la base sociológica de aquel feminismo–, se sitúan en un contexto distinto al de las reivindicaciones de las mujeres trabajadoras²⁸, dado que ambas se encuentran también en un momento diferente en relación con la ruptura del monopolio del hombre.

No obstante lo anterior, la ideología Anna Kuliscioff es feminista si entendemos «feminismo» desde una perspectiva más amplia que la adoptada por la propia autora en sus escritos a propósito del tema. A pesar de que la cuestión sobre cómo hay que entender el feminismo más allá de las fronteras y las culturas ha sido respondida de forma diversa, una definición interesante es la que ofrece Karen Offen, conforme a la cual la principal característica de la ideología feminista es

²⁷ CRENSHAW, K., «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, pp. 139-167.

²⁸ En el caso de Norteamérica, ver LERNER, G., «Women's rights and american feminism», *The Majority Finds Its Past*, cit., pp. 48-62, también las reivindicaciones de las mujeres trabajadoras se orientan a mejoras laborales.

el rechazo a la dominación masculina. Con este presupuesto, para la autora es feminista:

«cualquier persona, mujer u hombre, cuyas ideas y acciones [...] respetan tres criterios: (1) reconocen la validez de las propias interpretaciones de las mujeres de su experiencia vital y necesidades y reconoce los valores que las mujeres reclaman públicamente como propios cuando valoran su estatus en sociedad en relación con los hombres; (2) muestran conciencia de [...] la injusticia institucionalizada hacia las mujeres como un grupo por hombres como un grupo en una sociedad dada; y (3) propugnan la eliminación de tal injusticia desafiando [...] al poder, fuerza o autoridad coercitivos que sostiene las prerrogativas masculinas en esta particular cultura»²⁹.

Según Offen, por tanto, el feminismo puede presentarse como una ideología que pretende el equilibrio del poder social, económico y político de hombres y mujeres en una sociedad dada. Como tendremos ocasión de comprobar, si este es el parámetro, Anna Kuliscioff es, sin ningún género de dudas, feminista, tanto en su vida como en su obra.

En relación con la biografía de Kuliscioff, afirma Maria Casalini:

«Analizar el compromiso de Kuliscioff con la emancipación de la mujer comportaría en realidad trazar su entera biografía. La militancia revolucionara en su patria, la inscripción en la Universidad de Zurich, la opción de una «unión libre» con Costa y de una maternidad no legítima, además de la carrera en medicina trabajosamente conseguida en Nápoles y la especialización en ginecología no son otra cosa que los episodios más llamativamente notables de un valiente testimonio de “feminismo”»³⁰.

Y este compromiso se refleja en su vida, pero también en sus escritos desde el Programa de la *Rivista internazionale del socialismo* en el primer número de 1880 y de modo intenso en sus escritos entre 1890 y los primeros años del siglo XX³¹.

Sin embargo, para Anna Kuliscioff como para el socialismo, la cuestión de género no es independiente de la lucha contra el capitalismo. En palabras de Clara Zetkin, representativas de esta posición:

«la lucha de emancipación de la mujer proletaria no puede ser una lucha similar a la que desarrolla la mujer burguesa contra el hombre de su clase; por el contrario, la suya es una lucha que va unida a la del hombre de su clase contra la clase de los capitalistas. Ella, la mujer proletaria, no necesita luchar contra los hombres de su clase

²⁹ OFFEN, K., «Defining Feminism: A Comparative Historical Approach», *Journal of Women in Culture and Society*, 1988, vol. 14, n.º 1, pp. 119-157, p. 152.

³⁰ CASALINI, M., «Femminismo e socialismo in Anna Kuliscioff. 1890-1907», *Italia contemporanea*, giugno 1981, fasc. 143, pp. 11-43, p. 11.

³¹ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

para derrocar las barreras que ha levantado la libre concurrencia. Las necesidades de explotación del capital y el desarrollo del modo de producción moderno la han desplazado completamente en esta lucha. Por el contrario, deben levantarse nuevas barreras contra la explotación de la mujer proletaria, con las que deben armonizarse y garantizarse sus derechos de esposa y madre. El objetivo final de su lucha no es la libre concurrencia con el hombre, sino la conquista del poder político por parte del proletariado»³².

Anna Kuliscioff, siguiendo la orientación del socialismo, reivindica la situación de las mujeres trabajadoras como equivalente a la de los hombres trabajadores e insiste en la importancia de subrayar que el feminismo no es neutral. Frente a la llamada a las mujeres a la unidad en la lucha que se realiza desde el feminismo, la *dottora* insiste en que las mujeres deben intervenir en los partidos políticos afines a los intereses de su clase social para establecer alianzas con sus compañeros hombres y plantear de forma conjunta sus reivindicaciones. En este momento, a nivel general, identifica, como veremos, dos: el reconocimiento de la capacidad jurídica y el derecho al sufragio. Anna Kuliscioff considera más urgente el segundo para las trabajadoras y se niega a aceptar que el reconocimiento del derecho de voto a las mujeres se condicione a las reformas que lleven a considerarla capaces. Al contrario, la habilitación para participar en política constituye en su pensamiento un instrumento adecuado para promover los cambios normativos necesarios en los otros niveles.

Además de que, señala, ni siquiera todas las mujeres de la burguesía pueden «hacer un único partido o un único organismo en la lucha por los derechos de las mujeres, con mayor razón, la causa de la mujer burguesa no podrá nunca ser la de la mujer trabajadora»³³ Y, argumenta, «la opresión del hombre y la opresión del explotador son dos opresiones de naturaleza bien diversa, y esta diferencia es capital». Porque, efectivamente, mientras las mujeres de las clases medias todavía no pueden desempeñar las profesiones porque están monopolizadas por los hombres, «la trabajadora ya ha conquistado, o más bien ha sufrido, durante mucho tiempo el derecho de ser explotada en igualdad con el trabajador»³⁴.

³² «Solo con la mujer proletaria triunfará el socialismo», discurso pronunciado en el Congreso de Gotha del Partido Socialdemócrata de Alemania el 16 de octubre de 1896, traducción al castellano de Angels Martínez Castells en ZETKIN, C., *La cuestión femenina y la lucha contra el reformismo*, Madrid, Anagrama 2006, pp. 37-41, p. 39. Traducción al inglés por Kai Schoenhals en FORNER, Ph., *Clara Zetkin. Selected Writings*, New York, International Publishers, 3.^a edición 2015, pp. 72-83, p. 77.

³³ «El feminismo», en *La questione femminile e altri scritti* a cura di M. Boggio e A. Cerliani, Marsilio Editori, Venezia, 1981, p. 74, y en *Anna Kuliscioff: Scritti*, Fondazione Anna Kuliscioff, Milano, 2015, pp. 103-107, p. 106 (originalmente en *Critica Sociale*, Anno VII, 1897, n. 12).

³⁴ *Ibidem*, pp. 74-75.

Como puede verse, en la línea de Bebel, considera que la cuestión femenina es un aspecto de la cuestión social, pero también que la opresión de las mujeres es más severa que la opresión de los hombres. Sin embargo, Anna Kuliscioff no se muestra en sus escritos expresamente consciente de que sobre las mujeres trabajadoras pesa un doble sistema de opresión: el de la explotación capitalista y el sistema sexo género. Mientras la explotación de las mujeres burguesas procede de los hombres, para las mujeres trabajadoras «el explotador también puede ser una mujer; la mujer capitalista, industrial, comerciante o incluso terrateniente, es decir, la mujer que ejerce una función que implica la explotación directa o indirecta del trabajo»³⁵.

No obstante, podrá comprobar cómo en el seno del propio partido socialista comienza a retrasarse la reivindicación del sufragio femenino³⁶, poniendo de manifiesto un elemento que aparecerá en otros contextos de lucha obrera: los prejuicios del movimiento frente a las mujeres. El fracaso es el resultado de que las concepciones de las bases, y en buena medida de los cuadros, se presentan alejadas de la reflexión teórica sobre la cuestión femenina³⁷.

En un trabajo posterior, *Per il suffragio femminile*, Anna Kuliscioff argumentará a favor de la extensión del sufragio a todas las mujeres, conforme se ha apuntado, como una condición de defensa de los respectivos derechos. En el contexto de la polémica sobre el sufragio femenino en relación con la ley de 1912, es muy interesante cómo la autora refuta los argumentos de Pietro Bertolini y su advertencia frente a los riesgos que implicaría el reconocimiento del derecho de voto a las mujeres.

Kuliscioff agrupa los argumentos de Bertolini en relación con «los siglos venideros» (y sus propias refutaciones) en cuatro bloques: «El reino femenino de la casa. Una defensa un poco tarde»; «Bertolinadas sobre el analfabetismo y sobre los dos sexos del mismo»; «El interés, fundamento del voto»; y «¿Tendremos las mujeres algún día algún interés que defender?».

³⁵ *Ibidem*, pp. 74-75.

³⁶ «Il voto alle donne. Polemica in famiglia», originalmente en «Critica Sociale», 16 de marzo-1 de abril de 1910, recogido en *La questione femminile e altri scritti*, cit., pp. 101-116. En defensa de su posición cita a Clara Zetkin y a Bebel y a Zetkin (p. 116). También en *Anna Kuliscioff: Scritti*, pp. 139-159, p. 156.

³⁷ CASALINI, M., «Feminismo y socialismo en Anna Kuliscioff», cit. p. 20. Esta idea está también presente en HOBBSBAWN, E., «Man and Woman in Socialist Iconography», *History Workshop*, vol. 0, Iss. 6, Fall 1978, pp. 121-138, que se refiere, entre otras cuestiones, a la frecuente exclusión o invisibilización de las mujeres en los sindicatos en Gran Bretaña. En su opinión «tanto el miedo a la competencia económica de las mujeres trabajadoras como la preservación de la «moralidad» se combinaron para mantener a las mujeres fuera o en los márgenes del movimiento obrero –excepto en el rol convencional de miembros de la familia– «de modo que surge la paradoja del movimiento obrero consistente en defender una ideología de igualdad y emancipación sexual, mientras en la práctica desalentaba la real participación conjunta de hombres y mujeres en los procesos productivos como trabajadores» (p. 132).

En relación con el primer argumento, el hogar como reino de la mujer, reaparece la idea de que la mujer trabajadora abandonó la casa hace tiempo³⁸.

A propósito de lo que en término jocoso Kulisciuff llama *Bertolinerie sull'analfabetismo e sui due sessi del medesimo*, en primer lugar, remarca la paradoja de que Bertolini considere que de ningún modo las mujeres pueden tener juicio para votar hasta los 30 en un contexto en el que se les permite contraer matrimonio sin autorización paterna antes que a los hombres³⁹. Específicamente frente al analfabetismo, Anna Kulisciuff recuerda que en el mismo documento de defensa del proyecto se justifica que se conceda el voto a los analfabetos con el argumento de que «la comprensión de los intereses del país y del valor comparativo de los candidatos no representa, ni en modo necesario ni en modo exclusivo, el producto de una instrucción intelectual». Y la proporción de analfabetos entre los hombres ha de ser también forzosamente elevada cuando, hace ver Kulisciuff, representan entre un 80 y un 85% de la población en algunas regiones de Italia. Según la autora, parece que para Bertolini el analfabetismo masculino es distinto del femenino.

También merece atención la discusión en torno al interés como fundamento del voto. Anna Kulisciuff, después de aceptar con Bertolini que, efectivamente, «la raíz del derecho al voto está, pues, en los sueños, las aspiraciones, los sentimientos de los diversos grupos sociales, que tienen interés en ser eficazmente y por lo tanto directamente representados», se pregunta si la exclusión de las mujeres se debe a que en la opinión del relator y de su comisión «la mujeres no tienen necesidades, aspiraciones, sentimientos, no tienen en definitiva intereses propios, materiales y morales para defender en el terreno político o administrativo; o son intereses tan miserables, tan poco concluyentes que no merecen defensa»⁴⁰.

Desde luego, muchas mujeres y muchos hombres no comparten los intereses del titular abstracto de derechos, pero eso no significa que no tengan intereses propios. Por lo que se refiere a las mujeres, frente a su representación como sujetos desinteresados por las cuestiones públicas, Kulisciuff alude a los intereses específicos: «en efecto –por limitarnos a los intereses propiamente específicos– serían solo aquellos de la maternidad conculcada, de la infancia indefensa, aquellos, en definitiva, del provenir de la especie humana –argumentos, como todo el mundo ve, de insignificante importancia social–». Como puede

³⁸ KULISCIOFF, A., «Per il suffragio femminile», en *La questione femminile e altri scritti*, cit., pp. 149-178, pp. 150-151. En las votaciones se rechazó una enmienda presentada por Mirabelli, Treves, Turati y Sonnino –diputados socialistas– que proponía extender el derecho de voto a las mujeres. También recogido *En Anna Kulisciuff: Scritti*, cit., pp. 181-199.

³⁹ *Ibidem*, cit., p. 151.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 153-154.

verse en el texto transcrito, en este aspecto la imagen de las mujeres de Kuliscioff se muestra alejada de la abstracción que caracteriza el imaginario liberal, de modo que no se refiere a un modelo ideal de ser humano, ni siquiera a un modelo ideal de mujer, sino a las mujeres situadas en su época, cuyos intereses responden a las circunstancias vitales concretas a las que se enfrentan.

Esta misma perspectiva se aprecia en las palabras que continúan, en las que específicamente se refiere al modo en que ciertas decisiones políticas afectan a las mujeres de modo más directo que a los hombres, en la medida en que ellas siguen siendo las «reinas sin corona» del «reino de la casa»:

«Precisamente todas aquellas necesidades y aquellos intereses que se conectan con el terrible y siempre creciente encarecimiento de las necesidades de la vida: en consecuencia, toda la materia de los impuestos indirectos, de los impuestos directos que se repercuten, de la protección arancelaria, del sistema tributario en general la política del trabajo y de los consumos, la de la vivienda social y así sucesivamente»⁴¹.

Además de lo anterior, es del interés directo de las mujeres la decisión sobre la política sobre los gastos militares en la medida en que es a sus hijos a los que se manda a la guerra. De este modo, el argumento para la exclusión que se refiere a que los hombres hacen de soldados, encuentra réplica en la idea de Kuliscioff de que las mujeres hacen a los soldados⁴².

Y, por supuesto, la legislación social, que además en el contexto se dirige específicamente a mujeres y niños, es de interés para las mujeres. Resulta, dice Kuliscioff, «bien curioso que incluso las mujeres sean las únicas cuya opinión a propósito no importa conocer!»⁴³.

En definitiva, no encuentra ni un solo argumento en las razones que ofrece Bertolini para extender el sufragio a todos los hombres, incluso analfabetos, que no pudieran ser extendidos, con mayor razón, al sufragio de las mujeres, a todas las mujeres. Resulta interesante, desde la perspectiva actual, comprobar cómo estos mismos argumentos (falta de capacidad, falta de conocimiento, ausencia de interés...) se utilizan para excluir a sujetos distintos de las mujeres (entre los que, por cierto, también se encuentran mujeres por lo general en una proporción del cincuenta por ciento) como las personas con discapacidad o los no nacionales. También en la respuesta de Kuliscioff se encuentran razones para replantear las exclusiones actuales.

Aunque conviene no olvidar que desde su perspectiva el objetivo es la defensa del derecho del voto de las trabajadoras, en la medida en que se trata de un instrumento para la mejora de sus condiciones eco-

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Ibidem*, p. 158.

⁴³ *Idem.*

nómicas, morales y políticas vinculadas a la clase social a la que pertenecen junto con los trabajadores⁴⁴. En el caso de las mujeres trabajadoras el reconocimiento es si cabe más urgente, pues considera que entre los intereses diversos existe uno más serio e imperioso que empuja a las mujeres a defender la valoración del propio trabajo «a igual trabajo, igual recompensa»⁴⁵. Y se pregunta la autora si esta es una de las excepciones en las que los intereses de un grupo están mejor «representados y tutelados por otro, que no directamente por los interesados».

Incluso en relación con la reivindicación común del derecho al voto, insiste en que los problemas de las mujeres trabajadoras son diferentes a los de las mujeres burguesas. Conforme ha sido apuntado con anterioridad, es interesante cómo los argumentos de Kuliscioff pueden relacionarse con los que surgen del feminismo negro y, en concreto, con la idea de interseccionalidad. Efectivamente, se ocupa de subrayar cómo la emancipación de las mujeres trabajadoras ha de transcurrir por cauces diversos a los que transita la emancipación de las mujeres burguesas, pues mientras para las segundas basta con conseguir el acceso al libre ejercicio de las profesiones y los derechos civiles y políticos, sobre las mujeres trabajadoras pesa el capitalismo⁴⁶.

También, y a pesar de su reiterada llamada a la lucha por la emancipación de las mujeres en el marco de la lucha por la emancipación del proletariado, es patente en su trabajo que la desigualdad salarial y la desprotección en caso de maternidad no afecta a las mujeres burguesas ni a los hombres trabajadores.

Tras el varapalo en relación con la defensa del derecho de voto, tal vez es posible apreciar un cambio en el acento en ese esfuerzo constante de conjugar el socialismo con su especial interés en la emancipación de las mujeres. En este contexto sí considera relevante las limitaciones de la capacidad para todas las mujeres, aunque las cuestiones patrimoniales afectan más a las mujeres privilegiadas⁴⁷, y frente a las restricciones de derechos presentes en el Código Civil reivindica que las mujeres, no solo las trabajadoras, también las maestras, empleadas, profesionales y amas de casa de la pequeña y mediana burguesía han demostrado su competencia sobradamente⁴⁸. Sin embargo, continúa considerando una ilusión el carácter apolítico del feminismo y es en este marco en el que hace el llamamiento a las mujeres para que desempeñen un papel activo en sus respectivos partidos políticos en pro del derecho de voto.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 154 y 155.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁶ «Il feminismo», cit., pp. 74-75.

⁴⁷ «Per il sugragio femminile», cit., pp. 160 ss.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 161-162.

El escenario para la toma de conciencia con respecto a la opresión sexista está planteado, aunque todavía no habían sido desarrolladas las herramientas teóricas que permiten aprehenderla. La desconsideración de las estructuras que específicamente oprimen a las mujeres no es exclusiva de Anna Kuliscioff y del socialismo preocupado por la cuestión femenina, sino que puede presentarse como una característica de los movimientos a favor de los derechos de las mujeres hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, también el sufragismo y, posteriormente, el feminismo liberal, comparten el universalismo y la falta de conciencia a propósito del carácter no neutral en relación con el género del Derecho. Por eso las medidas de protección de la maternidad se defienden por Kuliscioff como medidas de protección de las mujeres, pero la reflexión no alcanza a considerar que la imagen de trabajador se ha construido tomando como norma al hombre y a la mujer como especialidad.

Por otro lado, tanto el feminismo sufragista como las reivindicaciones de Kuliscioff coinciden en la exigencia del derecho de voto para las mujeres. El sufragio femenino podría ser considerado como la reivindicación compartida por los movimientos en favor de la igualdad de las mujeres en el siglo XIX y comienzos del XX.

Las tensas relaciones entre socialismo –incluso el preocupado por la cuestión femenina– y sufragismo, que se habían fraguado en el siglo XIX y primeros años del XX, se prolongarán en esta última centuria. Sin embargo, la reivindicación del derecho al trabajo pasará a ser también un objetivo del feminismo liberal a partir de los 50 (recorremos a Betty Friedan y «el mal que no tiene nombre»). En el programa de Friedan aparecen medidas orientadas a hacer compatible la vocación de la mujer como trabajadora y profesional y el matrimonio y la maternidad: permisos por embarazo y parto, descanso maternal, guarderías...⁴⁹, pero el punto de partida se encuentra en la decisión de las mujeres de buscar su independencia como ser humano, que exige que las mujeres dejen de lado su condición de mujer y se adapten al modelo de ser humano abstracto, que es el modelo masculino. Tanto el feminismo radical como el feminismo de la diferencia parten de considerar errado este punto de vista. A partir de estos planteamientos se teoriza la opresión y la dominación⁵⁰ a la que se ven sometidas las mujeres como el resultado de la estructura social que determina las relaciones entre los sexos y que, esta sí, las afecta como grupo (a veces en confluencia con otros sistemas de opresión como el capitalismo, el

⁴⁹ FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad* (1963), trad. M. Martínez Solimán, Barcelona, Cátedra, 2017.

⁵⁰ Sobre las categorías de opresión y dominación, ver YOUNG, I. M., *Justicia y política de la diferencia*, trad. S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 60-69. Para la autora, la opresión –entendida como la presencia de trabas para el autodesarrollo– y la dominación –que implica la existencia de obstáculos para la autodeterminación– son las formas de injusticia que afectan a quienes forman parte de los grupos excluidos de la imagen del titular abstracto.

racismo, el sexismo o el capacitismo) y tiene que ver con que la humanidad y los derechos, pretendidamente neutros, se han definido desde los hombres.

3. IGUALDAD Y DIFERENCIA «CORPOREIZANDO EL SUJETO DE DERECHOS»

Se ha sostenido que la posición de Ana Kuliscioff es feminista, a pesar de su rechazo al feminismo, a pesar de su polémica con la principal referencia del feminismo italiano de la época en los temas que le preocupan y a pesar de las críticas que recibe desde algunas posiciones feministas contemporáneas. En buena medida la discusión obedece a que desde unas y otras propuestas se adoptan perspectivas diferentes en relación con los objetivos del feminismo que, como se desprende de la estipulación antes realizada, se refieren al equilibrio de poder entre hombres y mujeres. Al respecto, Offen presenta una tipología del feminismo que puede ser de utilidad para comprender los términos del debate. Así, según la autora, es posible rastrear dos grandes bloques de argumentos en los discursos a favor de la emancipación de las mujeres, los de tipo relacional y los de tipo individualista. De este modo, y sintéticamente, los argumentos de tipo relacional enfatizan los derechos las mujeres en cuanto que mujeres, prestando atención especial a las cuestiones relacionadas con la maternidad. Frente a ellos, los argumentos individualistas se basan en un concepto más abstracto de derechos humanos individuales y en la independencia personal⁵¹. Es posible afirmar, no sin cierta simplificación, que el feminismo relacional subraya la diferencia, mientras que el feminismo individualista se focaliza en la igualdad. Tanto los argumentos de la diferencia como los argumentos de la igualdad han sido utilizados históricamente con consecuencias perjudiciales para la emancipación de las mujeres. En el caso del individualismo, porque en la articulación de los derechos se ha desconsiderado la diferencia sexual convirtiéndolos en irrelevantes para afrontar las situaciones de instrumentalización relacionadas con ella⁵². Por el contrario, y como es bien sabido, la diferencia sexual ha sido un argumento frecuentemente esgrimido para perpetuar la subordinación⁵³, pero no es ni mucho menos este el caso de Anna Kuliscioff.

⁵¹ OFFEN, K., «Defining Feminism», cit. p. 135. En la propuesta para el futuro de la autora, es posible y deseable que ambas líneas del discurso feminista trabajen juntas, pp. 156-157.

⁵² *Ibidem*, p. 155.

⁵³ Por ejemplo, Bebel denuncia que «muchos afirman que no existe la cuestión femenina, porque la posición que la mujer ocupaba en el pasado, ocupa hoy y continuará ocupando en el futuro, está determinada por su «vocación natural» que la destina a ser esposa y madre, y la limita a la esfera del hogar. De acuerdo con ello, no le

Lo que sí es cierto es que aportaciones como las de la autora contribuyen a poner de manifiesto que la representación de la condición humana que subyace al esquema liberal resulta inadecuada para dar cuenta del ser humano de carne y hueso, siempre situado, sexuado y dependiente⁵⁴. En los trabajos de Kuliscioff se adelanta un tema que será transversal a la discusión feminista en el siglo xx: la tensión entre la mujer madre y la mujer trabajadora.

El Derecho del trabajo constituye el primer ámbito en el que se rompe el principio de igualdad formal. Además, en este ámbito un aspecto preocupante era el del trabajo de los niños y el del trabajo de las mujeres⁵⁵. En relación con las mujeres, las primeras leyes laborales (tanto en España –Ley Dato 1900, de Accidentes de Trabajo– como en Italia –Ley Carcano 1902–) eran protectoras y orientadas a salvaguardar a los futuros hijos. Este parece ser el sentido del permiso obligatorio posparto (que no era inicialmente remunerado). Se mantenían al margen el trabajo en la familia y el doméstico.

En concreto, la ley Carcano implica que las mujeres no pueden trabajar más de 15 horas; se prevén pausas de una hora o más en función de la jornada laboral –una hora si es de seis, hora y media si es de ocho, dos horas si es de más de 11–; se establece que las mujeres y los niños de hasta 15 años han de tener un día de descanso a la semana; se permite la lactancia a las trabajadoras a la salida de la fábrica o en una sala especial en las fábricas que cuentan con más de 50 operarios; las mujeres no pueden ser obligadas a trabajar hasta después de un mes desde el parto, excepcionalmente pueden ser obligadas antes, siempre que hayan transcurrido tres semanas desde el parto y cuando un certificado sanitario acredite que las condiciones de salud permiten a la mujer realizar el trabajo del que se ocupa; se prohíbe a las mujeres de cualquier edad trabajar bajo tierra. El trabajo nocturno solo está vetado para los menores⁵⁶.

Es interesante tener en cuenta, por otro lado, que las medidas de protección de las mujeres trabajadoras (orientadas a proteger a los hijos) se referían fundamentalmente a la industria y no a los trabajos agrícolas o domésticos o a los realizados en el ámbito familiar, de este

conciene cualquier cosa que se sitúa más allá de sus cuatro paredes o no está estrecha y obviamente relacionado con sus tareas domésticas», BEBEL, A., *Women under Socialism* (1879), trad. D. de León, New York Labor News Company, 1904, p. 8. Traducción al español de V. Romano en BEBEL, A., *La mujer y el socialismo*, Akal, 1977 (nueva edición enero de 2018).

⁵⁴ Para la representación de la condición humana en el esquema liberal y, en consecuencia, en la concepción tradicional de los derechos, BARRANCO AVILÉS, M. C., *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de Derechos*, Dykinson, Madrid, 1916.

⁵⁵ Algunos textos sobre el tema en JAGOE, C.; BLANCO, A.; ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, C., *La mujer en los discursos de género: textos y contextos en el siglo XIX*, Icaria, Barcelona, 1998.

⁵⁶ ALESSO, I., *Il quinto stato: storie di donne, leggi e conquiste: dalla tutela alla democrazia paritaria*, Franco Angeli, 2012, pp. 24 y 25.

modo se excluía de la protección a una gran parte de quienes estaban en situación de requerirla con lo que «las tuteladas establecidas en los años treinta para defender a los hijos del trabajo de las madres no se referían a todas las mujeres porque eran excluidas las trabajadoras «encargadas a las tareas agrícolas y a las tareas domésticas» y además «las esposas y parientes y afines en tercer grado del empleador cuando convivan con él y a su cargo». En otras palabras, el lugar de los derechos era la industria, eran los sectores productivos y comerciales, mientras la ausencia de derechos marcaba el ámbito familiar»⁵⁷, fueron asimismo excluidas las mujeres que trabajaran para el Estado, las provincias o los ayuntamientos. Estas exclusiones, que Ileana Alesso refiere a las medidas de los años treinta, son válidas también para las previas.

Se ha apuntado que la Ley Carcano algo recogía, pero no todo, de lo propuesto por el grupo socialista que, acogiendo las propuestas de Anna Kuliscioff, solicitaba retribución salarial para el embarazo y el puerperio costeada a través de una Caja de Maternidad; la creación de salas de lactancia; normativa estricta sobre higiene y seguridad; control por inspección de trabajo abierto a participación de los trabajadores; certificado de requisitos físicos idóneos para el acceso al trabajo; favorecer relación escuela-trabajo (la propuesta no era solo higiénico-sanitaria) de forma que, aceptando la necesidad del trabajo infantil, pretendía garantizar un nivel de alfabetización mínimo –se requería que Estado y ayuntamientos organizaran escuelas profesionales complementarias de la elemental que expidieran un certificado (sustituto del *libretto di lavoro*) de que el menor hubiera cumplido en la escuela el 15 año de edad; la difusión de las escuelas profesionales como complemento a la escuela elemental; limitaba la jornada de trabajo en función de la edad y para las mujeres, incluso mayores, a 48 horas semanales y la jornada debía interrumpirse para ellas a mediodía del sábado para que pudieran atender a las tareas domésticas asegurándose el reposo dominical.

Las reivindicaciones sobre las políticas sociales referidas a las mujeres adoptan en Italia desde muy pronto una doble vía⁵⁸. Si centramos la atención únicamente en las propuestas que se orientan hacia la emancipación de las mujeres (y son, en este sentido, feministas), podemos ver cómo se refleja en esta polémica la tensión entre el feminismo individualista y feminismo relacional que, según Offen, se presentan como enfoques irreconciliables entre 1890 y 1920⁵⁹.

De este modo, el que en este momento se concibe como feminismo (representado en la perspectiva de Mozzoni) se orienta desde la igual-

⁵⁷ *Ibidem*, cit., p. 28.

⁵⁸ BUTTAFUOCO, A., «Motherhood as a political strategy: the role of the Italian women's movement in the creation of the Cassa Nazionale di Maternità», en BOCK, G., y THANE, P. (ed.), *Maternity and Gender Policies*, cit., pp. 178-195, p. 179.

⁵⁹ OFFEN, K., «Defining Feminism», cit., p. 143.

dad formal y la neutralidad. Por el contrario, la posición Anna Kuliscioff tiene muy en cuenta la especificidad de las mujeres. En este escenario, y dentro de los temas de interés de Anna Kuliscioff, un aspecto polémico ya en la época (puede pensarse precisamente en la polémica entablada con Anna Maria Mozzoni), es si la atención a la situación de las mujeres en el trabajo debe abordarse mediante la reivindicación de normas protectoras, conforme defiende la propia Kuliscioff, o si la estrategia debía ser la igualdad, que es la vía de Mozzoni⁶⁰.

Planteamientos como el expresado por Mozzoni rechazan el paternalismo subyacente a la normativa sobre el trabajo de las mujeres. El argumento que se esgrime es que el trabajo en condiciones peligrosas es perjudicial para ambos sexos; las bajas obligatorias por maternidad –aceptadas como necesarias por las feministas–, así como la prohibición del trabajo nocturno o las restricciones de jornada, perjudicaban económicamente a las trabajadoras. Estas medidas supondrían un desincentivo para los empleadores a la hora de contratar mujeres. Por otro lado, además, en algunos sectores, los trabajadores hombres veían como una amenaza a las mujeres que podían trabajar por un menor salario⁶¹.

El problema es que la igualdad jurídica reclamada por Mozzoni (y, por otro lado, por el feminismo liberal) es una igualdad construida desde el patrón del hombre, de modo que, en la dicotomía igualdad-diferencia, el hombre es el igual y la mujer es la diferente. El efecto de las normas iguales en su aplicación a situaciones desiguales (como de hecho lo era, y es, la de las mujeres con respecto a los hombres en los entornos laborales) no es la igualdad, sino la legitimación y consolidación de las situaciones de dominación en las que en muchas ocasiones se traduce esa desigualdad.

Ciertamente la desigualdad con respecto a los hombres ha sido la tónica dominante en el mundo laboral. En el siglo XIX, las normas restrictivas de la capacidad de obrar de las mujeres constituyeron un obstáculo para el reconocimiento o la posibilidad, de que las mujeres se desarrollaran fuera de los espacios domésticos. Por ejemplo, el Código de Napoleón, y a partir de él los Códigos civiles en su esfera de influencia, establecen la obligación de obediencia de la mujer y la necesidad de autorización del padre o del marido para cualquier actuación de esta relativa a la disposición de sus bienes o de su persona⁶². De este modo, la esfera pública aparece monopolizada por los hombres y se reserva a las mujeres, como ángeles del hogar, el espacio privado. Puesto que quien responde ante la sociedad es el

⁶⁰ Ver al respecto PISA, B., «Il lavoro femminile nella struttura sociale italiana», cit., pp. 121-124.

⁶¹ OFFEN, K., *European Feminisms, 1700-1950*, cit., p. 230.

⁶² PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, Madrid, Catarata, 2011, pp. 56 y 57.

padre de familia, la mujer, en el hogar, está también sometida y controlada. De este modo, se recibió del siglo XIX una herencia en la que la separación de esferas se fundamenta en principios racionales e ilustrados⁶³.

En el siglo XX⁶⁴, y se ve ya en este período a caballo entre ambas centurias que a Anna Kuliscioff le tocó vivir, la separación de esferas se traslada a los trabajos a los que las mujeres de la clase media tienen acceso, fundamentalmente maestras y enfermeras⁶⁵ y, llegado el momento, mecanógrafas. La situación es diferente, como muy bien mostraba Kuliscioff, para las mujeres de las clases bajas, cuyos trabajos eran «de mujeres» porque se trataba de trabajos de baja cualificación y mal remunerados. Ya se ha insistido en que estuvo siempre fuera del alcance de estas mujeres el modelo de feminidad que se impone en el siglo XIX y se traslada al XX⁶⁶.

Desde finales del siglo XIX, desde algunos planteamientos, como el de Kuslicioff, se había defendido el derecho al trabajo para las mujeres; desde principios del XX, también es el caso de la autora, se reivindica un igual salario por igual trabajo así como una regulación de las condiciones laborales (jornadas más cortas, condiciones de trabajo más humanas y ayudas estatales para las madres)⁶⁷. Distintas corrientes ideológicas responden de forma diferente a estas reivindicaciones. Las posiciones oscilan desde quienes, como Kuslicioff, consideran que el trabajo es una condición para la independencia de las mujeres, hasta quienes opinan que se trata de una «consecuencia desafortunada

⁶³ «Comenzó, por tanto, el siglo XIX sobre los cimientos de las revoluciones liberales y del racionalismo ilustrado pero reacomodó el radicalismo de los nuevos principios a nuevas divisorias entre, por un lado, la esfera pública, monopolizada por los varones, y, por otro, la esfera privada en la que se instaló a la mujer como reina del hogar con papeles subordinados y controlados por el padre de familia, por más que los románticos la colocasen en el pedestal del máximo elogio lírico», PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, cit., p. 58.

⁶⁴ Que por otra parte fue el escenario de una revolución tecnológica, moral, educativa y de los patrones de empleo. LERNER, G., «New Approaches to the Study of Women in American History», en *The Majority Finds Its Past*, cit., pp. 3-14, p. 6.

⁶⁵ LERNER, G., «New Approaches to the Study of Women in American History», *The Majority Finds Its Past*, cit. p. 7, PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, cit., p. 64. Sobre la situación específica de Italia, ver TARICONE, F., «Associazionismo e interventismo femminile», cit., p. 49, en las que se refiere al papel atribuido a las mujeres en la educación, la beneficencia y la atención sociosanitaria.

⁶⁶ «La entrada de un gran número de mujeres en el trabajo industrial de bajo estatus, bajos salarios y de baja destreza había fijado dicho trabajo, por definición, como “trabajo de mujeres”. Mientras, la situación política de las mujeres, aunque legalmente sin cambios, se había deteriorado con respecto a los avances logrados por los hombres. Al mismo tiempo, la dama elegante y a la moda se había convertido en un modelo de feminidad americana, y la definición de «esfera propia de la mujer» parecía más estrecha y limitada que nunca», LERNER, G., «The Lady and the Mill Girl», *The Majority Finds Its Past*, cit., pp. 15-30, p. 18.

⁶⁷ OFFEN, K., *European Feminisms. 1700-1950*, cit., p. 227.

de la economía capitalista»⁶⁸, pasando por los que opinan que obedece al fracaso de la economía basada en el hombre como sostén familiar. Esta última opinión se generaliza después de la Primera Guerra Mundial. El descenso en la población de principios de siglo convirtió la maternidad en una cuestión nacional. Desde este punto de vista, que las mujeres trabajasen fuera de casa comenzó a ser para algunos una amenaza. Así pues, desde el catolicismo se encabezan campañas para eliminar el trabajo de las mujeres casadas, y los sindicatos pugnan por un salario familiar⁶⁹. En cierto modo, por otro lado, en lo sucesivo las reformas acompañaron el ritmo de los tiempos. En situación de escasez de mano de obra masculina, en Italia, Ballestrero muestra cómo se produjo la sustitución del personal masculino por mano de obra femenina y cómo las mujeres fueron expulsadas después de la Primera Guerra Mundial. Al mismo tiempo, en los momentos de emergencia que se sucedieron, fueron abandonadas las reivindicaciones a favor de las mujeres que se habían iniciado –incluso sin que se consiguiera el derecho de voto, a pesar de Kuliscioff–⁷⁰.

Hoy en día, tanto la pervivencia de trabajos que se consideran femeninos (que implican la existencia de una segregación horizontal), como la presunción de que es la mujer quien debe soportar las cargas familiares, contribuyen a la persistencia de un techo de cristal en la carrera profesional de las mujeres (esto es, a la segregación vertical). Desde la crítica feminista estos datos se consideran indicativos de la persistencia de la discriminación contra las mujeres, frente a la que se proponen estrategias.

Distintos factores, entre los que tienen gran importancia la incorporación de la mujer al trabajo y su liberación sexual, llevan al reconocimiento institucional de nuevos modelos de familia en un siglo que había comenzado con el reclamo hacia las mujeres europeas de un incremento en el número de hijos. Las reformas en el Derecho civil y de familia se orientan en este sentido. Sin embargo, la protección social del Estado de bienestar se sigue prestando de forma preferente a través de los sistemas de Seguridad Social⁷¹, lo cual implica que las mujeres tengan una protección menor, por la menor calidad de sus empleos. Además, en buena medida, todavía, permanece implícita la idea de que es a la mujer a la que corresponde realizar las tareas de cuidado. Con estos presupuestos, las mujeres se ven sometidas a dobles y triples jornadas y, en la medida en que el cuidado no se considera productivo, tiende a desconsiderarse la cuantía en que las mujeres producen riqueza.

⁶⁸ OFFEN, K., *European Feminisms, 1700-1950*, cit., p. 229.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 234.

⁷⁰ BALLESTRERO, M. V., *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 31 y 32.

⁷¹ BARRANCO, M. C., «Mujer y derechos económicos, sociales y culturales», *Derechos y libertades*, n.º 23, 2010, pp. 221-244.

Los feminismos diagnostican desde sus diferentes perspectivas estas situaciones y tratan de proponer respuestas. Y es que, si bien es cierto que en las democracias occidentales las mujeres consiguen a lo largo del siglo xx ocupar las esferas hasta entonces reservadas a los hombres, su papel sigue siendo subordinado, con lo que la historia muestra que planteamientos como el de Mozzoni resultan insuficientes por no tomar en cuenta que el origen de la discriminación no se encontraba en las instituciones y en el Derecho, sino en el modo en el que se distribuye en la sociedad el poder entre hombres y mujeres. Con todo, el Derecho y las instituciones no son neutrales, sino que han contribuido a consolidar y reforzar el desequilibrio, y, del mismo modo, pueden desempeñar un papel importante a la hora de desmontarlo.

Haciendo balance, Maria Vittoria Ballestrero se ocupa de la tensión entre tutela y paridad que enfrentó a Mozzoni y Kuliscioff. Frente a quienes han creído ver una contradicción insalvable que exigía desechar la «vieja legislación protectora»⁷², la autora señala que no siempre el juicio puede ser de incompatibilidad. Es cierto que en algunos casos está fuera de duda que la tutela opera en contra de la emancipación de la mujer. Es el caso, por ejemplo, de la imposición de una edad anticipada de jubilación en Italia, que hacía que las mujeres fueran libremente licenciables en el sector privado cinco años antes que los hombres y que en el sector público las mandaba a casa incluso cuando no lo querían o tenían todo el interés –también económico– en permanecer en servicio. Sin embargo, en algunas situaciones el objetivo de la igualdad requiere de un Derecho desigual. Las acciones positivas son uno de los instrumentos que se han desarrollado desde este esquema, tampoco exento de polémica. Se puede decir, pues, que la cuestión que enfrentó a Kuliscioff y Mozzoni dista mucho de ser pacífica hoy en día y reaparece en distintas formas, por ejemplo, en torno a la mencionada discusión sobre las acciones positivas y, todavía, en relación con la misma cuestión de la respuesta del Derecho laboral a la maternidad.

En relación con este aspecto, señala Ballestrero, la desventaja de las mujeres no nace de la tutela, sino de la mayor rigidez del trabajo de la mujer que es madre que «depende de unas condiciones sociales y culturales que hacen el papel de las madres no fácilmente conciliable con la vida profesional». En relación con esta situación, ciertamente, las medidas de conciliación que se orientaron únicamente desde la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de las tareas de cuidado jugaron en cierto modo en su contra. Un ejemplo interesante se encuentra en el permiso por maternidad en relación con el cual las previsiones de Mozzoni con respecto a la respuesta empresarial se cumplieron. Sin embargo, es tremendamente improbable que el camino hacia la emancipación de las mujeres hubiese sido más corto sin este tipo de medidas. Por

⁷² BALLESTRERO, M. V., «La legge Carcano sul lavoro delle donne e dei faciulli», in *Lavoro e cittadinanza femminile: Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, cit., pp. 44-59.

ejemplo, el tratamiento de la maternidad como un factor de discriminación por razón de sexo y la persecución de la discriminación contra las mujeres en el trabajo ha sido un instrumento adecuado para solventar este aspecto del problema que Mozzoni señala.

Así pues, si bien es cierto que resultan problemáticas las intervenciones protectoras que se plantean desde la perspectiva de la especialidad, la respuesta no puede ser dejar sin tutela la maternidad o negar el rol social que desempeñan las mujeres, sino más bien revalorizar el cuidado como «una capacidad moral tan característicamente humana y tan merecedora de dignidad humana como la autonomía moral, la autocreación o la capacidad para establecer contratos de cooperación recíproca»⁷³. De este modo, no resulta extraño que en relación con el permiso por maternidad la respuesta coherente se presente hoy como el permiso por paternidad.

Con esta revisión, las críticas a la perspectiva relacional del feminismo pierden sentido en la medida en que las referencias a la condición de la mujer se presentan como referencias a la condición humana. La apelación a la diferencia en este marco no hace referencia a la especialidad frente a la generalidad, sino que más bien trata de subrayar la diversidad de los seres humanos. En este sentido, puede ser interesante reinterpretar las propuestas de Anna Kuliscioff como un esfuerzo contextualizado para incluir el cuidado en la agenda social⁷⁴.

La polémica entre las dos ramas del feminismo que identifica Offen recoge, en definitiva, la polémica sobre el sentido de la autonomía en relación con el Derecho. Desde este punto de vista, la aportación del feminismo relacional ha terminado siendo precisamente la reconceptualización de este concepto que da lugar a la autonomía relacional⁷⁵.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS MUJERES

Si tratamos de recapitular la lectura que se propone de Anna Kuliscioff en estas páginas, es posible recuperar al menos tres temas de

⁷³ KITTAI, E. F., «Equality, Dignity and Disability», en Lyons, M. y Waldron, E. (ed.) *Perspectives on Equality: The Second Seamus Heaney Lectures*, Dublin, The Liffey Press, 2005, pp. 93-119, p. 112.

⁷⁴ Implica el derecho a cuidar y a ser cuidado. Esta propuesta se puede encontrar, por ejemplo, en BLEIJENBERGH, I., «European Social Policies on Combining Work and Family Life: The Gap between Legislation and Practice», en GUICHON, A., VAN DEN ANKER, C. L. y NOVIKOVA, V., *Women's Social Rights and Entitlements*, cit., pp. 62-81.

⁷⁵ CASALINI, B., «L'etica della cura e il pensiero feminista: tra dipendenza e autonomia», en CASADEI, Th. (ed.), *Donne, diritto, diritte. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 171-192. En este trabajo se analizan las aportaciones de Gilligan, Benhabid, Noddings, Okkin, Tronto, Kittay y Nussbaum.

gran interés desde el punto de vista de la historia de los derechos de las mujeres. El primero de ellos es la revalorización de las mujeres, el segundo es la tensión entre igualdad y diferencia como vías para la emancipación de las mujeres y el tercero es la representación de un modelo de mujer que implica a su vez una representación de un modelo de ser humano alternativo al que tradicionalmente se asocia al discurso de los derechos. Adicionalmente, a todas las polémicas en las que la autora está implicada sobre estas cuestiones subyace el problema sobre la capacidad de obrar de las mujeres.

Es cierto que, conforme se ha señalado, la capacidad no parece ser la principal preocupación de Anna Kuliscioff si la entendemos en los términos en los que este concepto es recogido por el Derecho civil, pero está ciertamente presente si cuando se reclama la capacidad de lo que se trata es de conseguir ser tratado como personas adultas por el Derecho⁷⁶. Desde esta perspectiva, la capacidad jurídica, junto con el análisis del modo en el que está regulada la prohibición de discriminación, constituyen dos campos de prueba adecuados para valorar hasta qué punto el sistema jurídico está comprometido con la igualdad. Incluso, señala Freeman, el análisis desde la capacidad presenta ventajas sobre el análisis desde la persecución de la discriminación. No creo que el discurso de la igualdad y no discriminación y el de la capacidad en este sentido sean discursos excluyentes, sin embargo, Freeman señala como ventaja del «lenguaje de la capacidad» frente a la discriminación que «el lenguaje de la capacidad permite la discusión de cuestiones de igualdad en el contexto del reconocimiento positivo de la capacidad, el papel y el valor. Se enfoca en las normas de acción e inclusión en lugar de en si y cómo las mujeres han sido excluidas»⁷⁷. Y esta estrategia resulta afín a la emprendida por Anna Kuliscioff y a veces criticada por el feminismo de su tiempo.

Cuando se despoja a una persona de «capacidad» en cualquiera de los sentidos señalados, esta queda desprovista de poder, pero también se está haciendo efectiva la marginación y se le arrebatan las garantías contra la explotación; con lo que se institucionalizan tres de las «cinco caras de la opresión»⁷⁸. Esta situación aparece claramente en el ámbito del trabajo, por ejemplo, en relación con las mujeres en el contexto

⁷⁶ FREEMAN, M. A., «Measuring Equality: a Comparative Perspective on Women's Legal Capacity and Constitutional Rights in Five Commonwealth Countries», *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 5, 1989-1990, pp. 110-138, p. 112-113 «el concepto de capacidad puede extenderse más allá de su significado clásico *de iure* para servir como una medida básica de igualdad. La capacidad en sentido más general se refiere a la capacidad de aceptar y ejercer los derechos y responsabilidades de un adulto en la sociedad. Este concepto implica un compromiso personal con las responsabilidades de los adultos y la percepción de los demás de que uno es capaz de vivir a la altura de ellos. En última instancia, implica una amplia gama de opciones en la propia vida personal, social y económica».

⁷⁷ FREEMAN, M. A., «Measuring Equality...», cit., p. 118.

⁷⁸ YOUNG, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, cit.

de Kuliscioff. El resultado es que, por un lado, las mujeres eran marginadas en la medida en que se les privaba de una participación significativa en la sociedad, y siguen siéndolo en tanto son relegadas a ciertos tipos de trabajo peor considerados. Asimismo, se las inhabilitaba para utilizar los mecanismos jurídicos e institucionales previstos para evitar la explotación laboral en la medida en que no se les daba acceso a estos mecanismos (capacidad negocial, acciones judiciales, pero también, de modo muy importante, representación sindical). El reconocimiento formal de la capacidad de obrar limitado a la reforma en el ámbito civil es importante, pero, como nos enseña Kuliscioff frente al feminismo de su época, es tremendamente insuficiente para un número muy importante de mujeres si además no se corresponde con medidas que incidan en esos otros ámbitos en los que la capacidad se pone a prueba.

Por otro lado, la capacitación de las mujeres no se consigue si únicamente se eliminan los obstáculos formales que las impiden tomar sus propias decisiones. En numerosas ocasiones opciones que se presentan como libres son consecuencia del sistema sexo género que, además, interactúa con otros sistemas de opresión. De este modo, la capacidad de las mujeres requiere la emancipación con respecto a esos sistemas que, por tanto, han de ser previamente identificados.

Por último, y en la medida en que el reconocimiento de capacidad implica el reconocimiento del papel y el valor en sí mismo del sujeto capaz, la perspectiva justifica también la revisión de lo socialmente valioso para incluir este papel y este valor. La revalorización del cuidado y su inclusión en la agenda pública puede entenderse de este modo como un requisito y una de las consecuencias de la emancipación de las mujeres.

Sobre la naturaleza de la filosofía del derecho: bases para un proyecto de filosofía del derecho

Por TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ
Universidad Miguel Hernández de Elche (España)

RESUMEN

En este trabajo se defiende una determinada posición con relación a la manera de entender la filosofía del derecho. La idea principal es que la filosofía del derecho debe tratar de comprender el sentido del derecho en sus causas últimas y dar razón de todas sus dimensiones, integrando además la historia de la filosofía del derecho. A partir de ahí se sientan las bases para acometer un proyecto de filosofía del derecho y se da cuenta de dónde se situaría el punto de partida y cuáles serían los principales objetivos del mismo.

Palabras clave: Filosofía, historia, razón, juridicidad, normativismo, convivencia, justicia.

ABSTRACT

In this work a certain position is defended in relation to the way of understanding the philosophy of law. The main idea is that the philosophy of law should try to understand the meaning of law in its final causes and give a reason for all its dimensions, also integrating the history of the philosophy of law. From there, the foundations are laid for undertaking a legal philosophy project and to establish which would be the starting point and the main objectives of it.

Key words: Philosophy, history, reason, juridicity, normativism, coexistence, justice.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PLANTEAMIENTO DE ROBERT ALEXY SOBRE LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.—3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA TESIS DE ALEXY Y FIJACIÓN DE LA PROPIA POSICIÓN.—4. UN PROYECTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. 4.1 *La historia de la filosofía del derecho como ingrediente constitutivo de la filosofía del derecho.* 4.2 *El problema del punto de partida en la filosofía del derecho.* 4.3 *El itinerario a seguir: los ejes del proyecto.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. ROBERT ALEXY'S APPROACH TO THE NATURE OF THE PHILOSOPHY OF LAW.—3. CRITICAL APPRAISAL OF ALEXY'S THESIS AND FIXATION OF MY OWN POSITION.—4. A PROJECT OF PHILOSOPHY OF LAW. 4.1 *The history of the philosophy of law as a constitutive ingredient of the philosophy of law.* 4.2 *The problem of the starting point in the philosophy of law.* 4.3 *The itinerary to follow: the axes of the project.*

1. INTRODUCCIÓN

La especialización, principio básico de la investigación científica, presenta dificultades cuando se trata de aplicarlo a las disciplinas filosóficas y, en concreto, a la filosofía del derecho. Existe el riesgo de que el interés por los temas específicos termine por soslayar los grandes problemas de los que se ha ocupado tradicionalmente la filosofía del derecho¹. No hay que olvidar la importancia de atreverse a encarar los problemas sin reduccionismos y con sana ambición intelectual². Entre otras cosas, porque sin esa visión de conjunto sobre el fenómeno jurídico que reclama la filosofía del derecho no parece posible que las investigaciones sobre temas muy concretos o con afán exclusivamente analítico supongan aportaciones de verdadero interés³.

¹ En opinión de Serna, esta es la realidad que refleja la filosofía del derecho contemporánea, debido a la influencia del positivismo jurídico. A su juicio, en el ámbito académico de la filosofía del derecho se han fortalecido los aspectos comunitarios e institucionales, lo cual ha dado lugar a una «dogmática» filosófica, a la afición por los temas monográficos y de escaso calado, y al desinterés por los puntos de partida. Al respecto, cfr. SERNA, P., *Paradigmas epistemológicos y filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2006, p. 11.

² Un diagnóstico muy acertado de la actual tendencia a rehuir los verdaderos problemas y a sustituirlos por un alarde de erudición estéril es lúcidamente destacado por MARÍAS, J., «Elogio de la ambición intelectual», en *ABC*, 31 de octubre de 1996.

³ A este respecto, si la teoría del derecho se presenta como una teoría formal y pura —tal como la entiende, por ejemplo, Ferrajoli—, difícilmente puede dar razón suficiente de los conceptos jurídico-teóricos que —a diferencia de los conceptos dogmáticos, siguiendo la distinción que él mismo propone— requieren definiciones estipulativas, es decir convenciones lingüísticas que como tales —según sostiene— no son

En mi opinión, la dedicación a la filosofía del derecho debe orientarse a comprender de la manera más profunda y sistemática el fenómeno jurídico, aunque esta tarea no se realice de forma directa⁴. Pero llega un momento en el que, por distintas razones, las preguntas clave que demanda la filosofía del derecho deben ser enfrentadas explícitamente. Para ello me parece imprescindible adoptar una posición respecto a la naturaleza de la filosofía del derecho, es decir, respecto a cómo cabe interpretar la tarea de hacer filosofía del derecho. Voy a dedicar este trabajo a examinar esta cuestión, y a exponer las líneas maestras de un plan de trabajo sobre los problemas nucleares de la filosofía del derecho que me gustaría abordar en los próximos años. Comenzaré tomando como punto de referencia un trabajo de Alexy que considero valioso en líneas generales, pero que también se hace acreedor a algunas observaciones críticas con las que precisaré mi propia posición. A partir de ahí intentaré dibujar las bases de un proyecto de filosofía del derecho que como tal requiere indagar en torno al problema de cuál puede ser el punto de partida más adecuado en el estudio filosófico del derecho y el itinerario a seguir.

2. EL PLANTEAMIENTO DE ROBERT ALEXY SOBRE LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Robert Alexy sostiene que la naturaleza de la filosofía del derecho está vinculada por una parte al problema concerniente a la propia naturaleza de la filosofía y, por otra, al carácter específico de la llamada «filosofía del derecho». Ciertamente, hay diferentes maneras de

verdaderas ni falsas, sino que tienen mayor o menor alcance empírico y capacidad explicativa (cfr. FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 180-183). Cabe preguntarse cómo puede saberse cuál es la capacidad explicativa de un concepto sin salir del formalismo y comprender la finalidad práctica que desempeña. Parece mucho más acertada la posición de Atienza y Ruiz Manero, quienes plantean su investigación sobre los enunciados jurídicos tratando de comprender «cuál es su contribución a la conformación y al funcionamiento del Derecho» (ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. XIV).

⁴ Arthur Kaufmann, tras indicar que el objeto de la filosofía es la totalidad del ser o, en el caso de la filosofía del derecho, la totalidad del derecho, señala que nuestro pensamiento no puede abarcar tan amplio objeto de un «solo golpe». Por esta razón sugiere empezar por cuestiones más concretas: «Sólo a partir de esa pluralidad de cuestiones será posible construir el todo, pero incluso así de forma aproximativa (...). Por principio se puede llegar al todo partiendo de cualquier aspecto de detalle, siempre y cuando se proceda en ello de manera tal que pueda denominarse correcta» (KAUFMANN, A., «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática Jurídica», traducción de Gregorio Robles, en Kaufmann, A. y Hassemer, W. (eds.), edición española a cargo de Gregorio Robles, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 31).

entender qué es filosofar, ya que se trata de «una actividad cultural cuyos cultivadores adoptan en cada momento histórico una diferente autocomprensión»⁵: no es lo mismo afrontar esta actividad tratando de acceder a un conocimiento de la realidad en sus causas más profundas o últimas, que ver en ella un análisis del pensamiento o, siguiendo las últimas tendencias de la filosofía analítica, del lenguaje que condiciona el propio pensamiento. Alexy señala que quizá el rasgo más general del concepto de filosofía sea la reflexividad. Según este autor, la filosofía es «razonamiento acerca del razonamiento, porque su objeto, la práctica humana de concebir el mundo, por uno mismo y por los demás, de un lado, y la acción humana, del otro, está determinad[a] esencialmente por razones»⁶. Asimismo, señala que el razonamiento general sobre lo que existe es lo que conforma a la metafísica en cuanto ontología, y el razonamiento sobre lo que debe hacerse y lo bueno constituye a la ética. Finalmente, también introduce el problema epistemológico, dado que la filosofía incluye la pregunta sobre cómo justificar nuestras creencias sobre lo que existe y sobre lo que debe hacerse o es bueno. Establecido lo anterior, Alexy precisa que la reflexividad propia de la filosofía debe estar asociada con otras dos propiedades: «la reflexión debe ser reflexión sobre preguntas generales o fundamentales, y debe ser sistemática»⁷, de tal forma que concluye con esta definición, que considera corta y abstracta, pero verdaderamente comprensiva: «la filosofía es la reflexión general y sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento de estas dos cosas»⁸.

Una vez establecido qué entiende por filosofía, Alexy pasa a ocuparse de la filosofía del derecho y afirma que esta es «una reflexión de índole general y sistemática, y tiene, exactamente como la filosofía en general, una dimensión normativa, otra analítica y otra holística. Su *differentia specifica* consiste en su objeto: el derecho. La filosofía del derecho no se dirige en general a las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, o lo que puede conocerse, sino a estas preguntas en relación con el derecho»⁹. Plantear estas preguntas en

⁵ SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, cit., p. 1.

⁶ ALEXY, R., «La naturaleza de la filosofía del derecho», en *Doxa*, 122 (2003), p. 147. En esta línea se sitúa también ZUBIRI, X., *Naturaleza, historia, Dios*, 11.ª edición, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 149, cuando al referirse al objeto de la filosofía, que a diferencia de las ciencias permanece latente, sostiene que «el acto con que se hace patente el objeto de la filosofía no es una aprehensión, ni una intuición, sino una *reflexión*».

⁷ ALEXY, R., «La naturaleza de la filosofía del derecho», cit., p. 148.

⁸ *Ibidem*.

⁹ La respuesta a estas tres preguntas parece implicar una ontología jurídica, una axiología jurídica y una epistemología jurídica, luego también en el planteamiento de este autor se ve reflejada la tripartición temática comúnmente aceptada en la filosofía del derecho. Quizá la presentación más popular de esta triple división sea la que realiza BOBBIO, según el cual las grandes áreas temáticas de la filosofía del derecho son: a) teoría del derecho; b) teoría de la justicia; y c) teoría de la ciencia jurídica. La teoría

relación con el derecho es preguntar por la naturaleza del derecho»¹⁰. ¿Y cómo comenzar a desarrollar esta tarea de preguntarse por la naturaleza del derecho? Alexy observa que aquí se presenta un problema de circularidad, puesto que no se puede comenzar la tarea de indagar sobre el derecho sin saber previamente qué es el derecho. Este carácter circular de nuestro pensamiento ha sido destacado especialmente por la hermenéutica¹¹.

Por consiguiente, todo avance en la tarea que representa la filosofía, y también la filosofía del derecho, comienza a partir de una precomprensión, es decir, una visión inicial y provisional de qué es aquello que se está buscando, que será seguida de una reflexión crítica y sistemática que puede modificar o reafirmar sobre unas bases más sólidas la precomprensión inicial¹². Pero no basta una sola precomprensión, según Alexy, sino que la filosofía del derecho «debe tener en cuenta todas las existentes y, más aún, tiene que analizar la relación que tienen todas ellas con todas las propiedades del derecho»¹³. Con otras palabras, es necesario incluir todas las perspectivas y las propiedades de la realidad jurídica en cuestión. En este punto, aunque de pasada, Alexy menciona la historia, al aludir al «mero hecho de recoger y compilar cada perspectiva y cada propiedad que aparece en la historia o en el presente». Esto es importante por lo que más adelante se dirá. Pero interesa destacar que ese conjunto de perspectivas y propiedades no puede implicar una mera agregación, dado el carácter sistemático de toda reflexión filosófica. La gran dificultad a la hora de hacer filosofía del derecho es tratar de articular sistemáticamente todos los puntos de vista sobre la realidad jurídica, y ello, en su opi-

del derecho se ocuparía de determinar el concepto de derecho, lo cual implica preguntarse qué es el derecho, es decir, la pregunta ontológica por excelencia. La teoría de la justicia supone una indagación respecto a los valores sustantivos o materiales que el derecho debe realizar, por ello también es habitual referirse a ella como axiología o estimativa jurídica. Finalmente, la teoría de la ciencia jurídica tendría como fin ofrecer las pautas metodológicas apropiadas para el tratamiento científico del derecho en la actividad legislativa, en la dogmática, así como en la práctica jurídica. Al respecto, cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, edición al cuidado de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2015, p. 56.

¹⁰ ALEXY, R., «La naturaleza de la filosofía del derecho», cit., p. 149.

¹¹ Cfr. KAUFMANN, A., «Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho», título original «Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung», publicado en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag herausgegeben von Karl Lackner, Heinz Leferenz Schmidt, Jürgen Welp und Ernst Amadeus Wolff*, Berlín Walter de Gruyter, 1973, trad. de Renato Babbi-Baldi y María Elisa González Dorta, en *Persona y Derecho*, núm. 29 (1993), p. 23: «Tenemos motivos como para suponer que un razonamiento circular no es simplemente –al menos no en todas las circunstancias– un producto que un modo de pensar desprolijo podría evitar, sino que, en cierto modo, pertenece a la naturaleza misma de nuestro pensamiento».

¹² ALEXY, R., «La naturaleza de la filosofía del derecho», cit., p. 150.

¹³ *Ibidem*. Sobre esta teoría jurídica capaz de integrar lo que pudieran aportar visiones parciales del derecho, Cfr. AARNIO, A., ALEXY, R., y PECZENICK, A., «The Foundation of Legal Reasoning», en *Rechtstheorie*, 12 (1981), p. 133.

nión, solo se puede lograr «mediante el análisis sistemático de los argumentos expuestos en la discusión sobre la naturaleza del derecho», que giran en torno a tres problemas:

a) El primero de ellos lo enuncia preguntándose en qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos «derecho». Este problema, según Alexy, es el concerniente al concepto de norma y de sistema normativo.

b) El segundo se refiere a lo que denomina su dimensión real o fáctica y se refiere a problemas típicos del positivismo jurídico, y dentro de él se presenta, por una parte, la cuestión relativa al concepto de expedición autoritativa y, por otra, al de la eficacia social.

c) Finalmente, el tercer problema se refiere a la corrección material o legitimidad del derecho, cuyo principal asunto es el de la relación entre derecho y moral.

Según Alexy, esta tríada de problemas es la que tomada conjuntamente define el núcleo de la discusión sobre la naturaleza del derecho. Además, sostiene que su tripartición es completa, neutral y sistemática: «Es completa, porque está en capacidad de abarcar todos los argumentos que pueden aludirse a favor y en contra de una tesis sobre la naturaleza del derecho. La única prueba posible de ello consiste en contrastar nuestro modelo triádico con todas las instancias críticas que sea posible. Ahora bien, el modelo es neutral, porque no adiciona preferencias al peso de los argumentos que comprende. La prueba de ello es la misma que se utiliza para probar la plenitud del modelo. Finalmente, el modelo es sistemático, porque conduce a obtener un panorama coherente de la naturaleza del derecho. En este caso, la prueba no puede consistir en nada más que en la elaboración de una contribución coherente»¹⁴.

Para terminar de presentar los problemas relativos a la naturaleza de la filosofía del derecho, Alexy sostiene cuatro tesis que representan una toma de posición respecto a su manera de entender la filosofía del derecho. El modelo triádico pretende ser neutral; las cuatro tesis, en cambio, no lo son:

a) La primera tesis se refiere a que la filosofía del derecho no se ocupa exclusivamente de problemas relativos al derecho, sino que «todos los problemas de la filosofía pueden presentarse en la filosofía del derecho»¹⁵. La denomina «tesis de la naturaleza general».

b) La segunda tesis sostiene que existen problemas específicos de filosofía del derecho, que resulta del hecho de que el derecho tiene una serie de peculiaridades, entre ellas la de ser necesariamente auto-

¹⁴ ALEXY, R., «La naturaleza de la filosofía del derecho», cit., p. 151.

¹⁵ *Ibid.*, p. 152.

ritativo o institucional, y crítico o ideal. Esta es la tesis del «carácter específico».

c) La tercera tesis se refiere a la relación especial que existe entre la filosofía del derecho y otras áreas de la filosofía práctica como la filosofía moral y la filosofía política, y la denomina «tesis de la relación especial».

d) Finalmente, la cuarta tesis engloba las tres primeras y enuncia una idea que se sitúa en el transfondo de todas ellas, y que viene a decir que la filosofía del derecho solo puede tener éxito si alcanza el nivel de las tres tesis anteriores, siendo este el «ideal comprensivo» que tiene la filosofía del derecho.

3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS TESIS DE ALEXY Y FIJACIÓN DE LA PROPIA POSICIÓN

Alexy afronta abiertamente el problema y se posiciona con claridad ante él. Muchos de sus argumentos me parecen correctos. La primera cuestión que merece la pena precisar se refiere a qué entender por filosofía. A este respecto, comparto la tesis de Alexy que, en buena medida, se asemeja a la concepción de Ortega según la cual la filosofía se caracteriza por su universalidad, radicalidad y carácter teórico. En efecto, Ortega presenta la filosofía como una actividad dirigida a conocer la realidad en su conjunto, es decir, todo aquello que «hay»¹⁶. A diferencia de las ciencias particulares, la filosofía no acota un objeto sobre el cual formula sus preguntas¹⁷, sino que se embarca en la tarea de dar respuesta a la realidad en su conjunto, que es a lo que se

¹⁶ ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, cito por la edición de la colección Austral, 11.ª ed., introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Espasa-Calpe, 2001, p. 92. No es baladí, sino que tiene un sentido rigurosamente filosófico la utilización de la palabra «hay» en lugar de «existe», pues la primera es más radical que la segunda en el sentido de que aquello que hay es real, al margen de que pueda existir o no. Sobre esta distinción, cfr. MARÍAS, J., *Introducción a la filosofía*, 9.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1967, pp. 353 y ss. Para hacerse una idea de la importancia de esta distinción, el siguiente texto es significativo: «el punto de vista del ser reobra sobre el haber, del cual es inseparable; quiero decir con esto que es menester tomar en toda su literalidad y vigor la afirmación de que lo que *es* es una interpretación de lo que *hay* (el olvido de esto, dicho sea entre paréntesis, ha sido la amenaza constante que se ha cernido sobre la ontología)» (pp. 357-358).

¹⁷ ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, cit., p. 77: «El filósofo se sitúa ante su objeto en actitud distinta de todo otro conocedor; el filósofo ignora cuál es su objeto y de él sabe solo: primero, que no es ninguno de los demás objetos; segundo, que es un objeto integral, que es el auténtico todo, el que no deja nada fuera y, por lo mismo, el único que se basta»; ZUBIRI, X., *Naturaleza, historia, Dios*, cit., p. 154: «La filosofía se presenta, ante todo, como un esfuerzo, como una «pretensión». Y ello, no por una simple ignorancia de hecho, por un simple desconocimiento, sino por la índole *constitutivamente latente* de aquel objeto. De aquí resulta que aquella rigurosa escisión entre un problema claramente formulado de antemano y su solución, básica para

refiere Ortega con el término «universo» y, por tanto, a cada una de las realidades en lo que tienen de universal, es decir, aprehendiendo su posición en el conjunto de la realidad¹⁸. Esta observación pone de relieve que, como también apunta Alexy, la filosofía es sistemática en su afán de universalidad, si bien no es la única forma en que se manifiesta su carácter sistemático, como habrá ocasión de ver.

La filosofía es radical tanto en el sentido de que, dado su afán de universalidad, no debe dejar fuera ningún problema ni dar nada por supuesto. Ello exige que en primer lugar dé razón de sí misma. Esta última exigencia es lo que Ortega llama el imperativo de autonomía, que significa «la renuncia a apoyarse en nada anterior a la filosofía misma que se vaya haciendo y al compromiso de no partir de verdades supuestas»¹⁹. En la medida en que Alexy destaca que la filosofía está determinada siempre por razones parece hallarse también en esta línea. Pero la referencia a la razón pone de relieve su carácter teórico, que se halla en la raíz misma del quehacer filosófico.

En una frase que en principio recuerda a Aristóteles –cuando afirma que todos los seres humanos tienden por naturaleza a saber–, Ortega señala que la filosofía es constitutivamente necesaria al intelecto, debido a que el mundo se nos presenta sobre un fondo latente que permite a nuestra inteligencia comprender que lo patente es solo parte de una realidad más amplia, lo cual significa que «el mundo que hallamos es, pero, a la vez, no se basta a sí mismo, no sustenta su propio ser, grita lo que le falta, proclama su no-ser y nos obliga a filosofar»²⁰. Pero hay que poner entre paréntesis esa «obligación». Marías, en línea con Ortega, destaca que el ser humano para vivir necesita saber a qué atenerse, uno de cuyos modos es el conocer. Cuando se presenta una situación de incertidumbre es posible superarla a través de instalarse en una nueva creencia sin necesidad de embarcarse en la tarea de hacer filosofía accediendo a una comprensión radical de la realidad. De hecho, como destaca Marías, para superar la incertidumbre el hombre suele vivir *de crédito*, y «la forma primaria de ese crédito del cual vive el hombre es, lo que es *creditum* o crédito: las creencias»²¹. Pero también puede llevar a cabo el intento de aprehender la realidad en su mismidad o autenticidad, es decir, puede decidir hacer filosofía, que desde este punto de vista se presenta como un esfuerzo que realiza el ser humano para lograr una certidumbre radical, siendo importante

toda ciencia y para toda actividad vital natural, pierde su sentido primario tratándose de filosofía».

¹⁸ ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, cit., p. 118: «El Universo o todo cuanto hay no es *cada una* de las cosas que hay, sino sólo lo universal de cada cosa, por tanto, sólo una faceta de cada cosa. En este sentido, pero sólo en este, es también parcial el objeto de la filosofía, puesto que es la parte por la cual cada cosa se inserta en el todo, diríamos su porción umbilical».

¹⁹ *Ibid.*, p. 115.

²⁰ *Ibid.*, p. 112.

²¹ MARÍAS, J., *Introducción a la filosofía*, cit., p. 137.

destacar que este esfuerzo se basa a su vez en la creencia y en la capacidad de la razón para conocer la realidad. Por ello ha escrito certeramente Marías que «solo hay filosofía si el hombre cree que puede ir de lo patente a lo latente, descubrirlo y dar razón de ello»²².

En un estudio muy detallado, después de enumerar diez sentidos vivos de la palabra «razón», Marías destaca tres notas comunes a varios de ellos. La primera hace referencia a una instancia ajena al sujeto, lo cual significa que la razón trasciende al sujeto y remite a la realidad. La segunda alude al momento de la «conexión», es decir, de los enlaces causales, de fundamentación o motivación, o de justificación o coherencia. La tercera nota es la relativa a la «posesión», especialmente visible en la expresión «estar en su razón», es decir, estar en sus cabales o ser dueño de uno mismo. La fórmula con la que sintetiza estas tres notas y capta el núcleo semántico que explica esa pluralidad de significados es su definición de razón como la «aprehensión de la realidad en su conexión»²³. En esa toma de contacto con la realidad que implica la razón es importante, por una parte, ir en busca de la misma con el deseo de «verla» en el sentido de captarla o aprehenderla intelectualmente. A ello se referían los griegos con la palabra *nous*, que significa el sentido o propósito: «la vivencia que expresa este término es primariamente la aprehensión de la realidad, fundada en la metáfora de la *visión*, que condiciona toda la concepción helénica del conocimiento como luz, aspecto y potencia»²⁴. Pero, además de ver, «la visión noética recibe su plenitud en el *lógos*, que *dice* lo que las cosas *son*»²⁵.

La filosofía tiene carácter teórico porque aspira a dar cuenta de la realidad a través de teorías, que, según Ortega, son un conjunto de conceptos, es decir, de contenidos mentales enunciables. Merece destacarse este carácter enunciable porque «lo que no se puede decir, lo

²² MARÍAS, J., *Antropología Metafísica*, Madrid, Alianza Editorial, 1983 (primera edición de 1970), p. 24. Ortega también había escrito que la filosofía es también una fe que consiste en «creer que el hombre posee una facultad –la «razón»– que le permite descubrir la auténtica realidad e instalarse en ella», ORTEGA Y GASSET, J., *Historia como sistema*, cito por la edición de la colección Austral, que en un volumen con ese título incluye «Ideas para una Historia de la Filosofía» y el prólogo a la «Historia de la Filosofía», de K. Vorländer, Madrid, Espasa-Calpe, 1971, p. 118.

²³ MARÍAS, J., *Introducción a la filosofía*, cit., p. 199. Los diez sentidos del término son: 1) Razón en su significación más amplia, como facultad o condición del hombre, tal como se entiende cuando se habla de «estar en su razón» o de «perder la razón». 2) El sentido de estar en lo cierto o tener la actitud justa, como en la frase «tener razón». 3) Razón como motivo: «he hecho esto por tal razón». 4) Razón como fundamento: «la razón de que la madera flote es su densidad», «por razón de antigüedad». 5) La expresión o «puesta en marcha» de los motivos o fundamentos: «tener buenas razones para algo». 6) En algunos contextos, esa misma expresión o *decir* en cuanto tal: «razón de amor». 7) Justificación o explicación: «dar razón de algo». 8) La forma trivial de este sentido, como mera información: «darán razón en la portería». 9) Relación matemática: «razón de dos cantidades». 10) Razón como raciocinio.

²⁴ *Ibid.*, p. 205.

²⁵ *Ibid.*, p. 207.

indecible o inefable no es concepto, y un conocimiento que consista en visión inefable del objeto será todo lo que ustedes quieran, inclusive será, si ustedes lo quieren, la forma suprema de conocimiento, pero no es lo que intentamos bajo el nombre de filosofía»²⁶. Marías, por su parte, una vez establecido qué entiende por razón, se refiere al concepto por ser este el instrumento a través del cual se realiza la función racional. En el «concepto» están presentes las notas de «aprehensión» y «conexión»: «el concepto es lo concebido, lo *con-ceptum*, «aprendido o cogido con»; por eso el concepto ha sido siempre la forma misma de la razón»²⁷. Para aprehender filosóficamente algo no basta, por consiguiente, con percibirlo por lo que tiene de aislamiento, porque solo se aprehende «verdaderamente un objeto en la complejión de sus notas y en la referencia a su contexto; por esto, la única forma adecuada de percepción de la realidad es el concepto, siempre que se incluya en este el momento de presencia de la realidad misma; solo es de verdad *captum*, capturado o aprehendido, lo que es *con-ceptum*»²⁸.

Todas estas precisiones con relación a las características de la filosofía son útiles para fijar una posición con relación a la filosofía del derecho, y además permiten realizar algunas observaciones críticas a lo expuesto por Alexy. La referencia de este autor a que la filosofía se refiere a preguntas generales o fundamentales no alude explícitamente a la universalidad, si bien la presupone al referirse a «todo lo que existe». Por otra parte, su carácter teórico no solo queda patente por considerarla una actividad ligada a razones, sino que además no duda en afirmar que la filosofía es una actividad conceptual. Además, señala que la filosofía tiene una dimensión analítica y una dimensión sintética, lo cual quiere decir que su tarea requiere un esfuerzo de precisión conceptual –dimensión analítica–, pero que además estos conceptos deben articularse armónicamente –dimensión sintética–. La filosofía es, pues, teoría, y como tal incluye un esfuerzo conceptual de análisis y síntesis.

Un punto de especial interés en la aproximación de Alexy es su disposición a integrar sistemáticamente todas las precomprensiones, es decir, todas las perspectivas que puedan dar cuenta del fenómeno jurídico y de las propiedades que quepa atribuirle. Me parece una aproximación acertada y radicalmente filosófica porque no discrimina ninguna dimensión del fenómeno jurídico. Cuestión distinta es si su modelo triádico es verdaderamente neutral –como él sostiene– y capaz de dar cuenta de manera sistemática de todos los argumentos que pueden presentarse sobre la naturaleza del derecho.

A mi juicio, Alexy parte de una precomprensión normativista que condiciona su aproximación al estudio de la cuestión. Esto se observa claramente cuando plantea el primer problema del modelo triádico

²⁶ ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, cit., p. 119.

²⁷ MARÍAS, J., *Introducción a la filosofía*, cit., p. 210.

²⁸ *Ibid.*, p. 211.

preguntándose en qué clase de entidades consiste el derecho y cómo están conectadas, e identifica tales entidades con los conceptos de norma y sistema normativo. Parece evidente que para Alexy el derecho es una realidad normativa, lo cual se ve confirmado cuando más adelante afirma que «el concepto de norma o de «deber ser» es por lo menos un candidato para ser el concepto más abstracto de la filosofía del derecho»²⁹, o cuando al plantearse cuáles son las propiedades necesarias del derecho responde que la coerción o fuerza, de un lado, y la corrección o rectitud, del otro. Ambas propiedades están referidas al derecho como sistema de normas. Esta aproximación normativista podría interpretarse como la precomprensión de la que parte Alexy, la cual podría ser perfectamente admisible siempre y cuando se plantee como un punto de partida para una indagación más profunda, más radical en el sentido filosófico del término, que pueda confirmar, matizar o desechar dicha tesis; pero eso no se observa ni en este trabajo ni en el conjunto de su obra. La concepción no positivista del derecho que sostiene Alexy, parte del derecho como realidad normativa³⁰, y no parece coherente con la necesidad que tiene cualquier teoría filosófica de dar razón de sus puntos de partida. No es discutible que el derecho presenta una dimensión normativa, pero a mi juicio no cabe afirmar como evidente que el derecho sea primariamente norma. Por consiguiente, en contra de lo que sostiene Alexy, considero que el modelo triádico no agota las posibilidades de presentar tesis sobre la naturaleza del derecho, pues muchas de ellas lo desbordan. Por otra parte, Alexy afirma que su modelo es capaz articular sistemáticamente los diversos puntos de vista que se presenten sobre la naturaleza del derecho. Esto significa que si se pudiera ofrecer un modelo explicativo del derecho más completo que el de Alexy sería difícil seguir afirmando que su propuesta es «completa».

En lo referente a las cuatro tesis que identifica, coincido con Alexy. En efecto, la filosofía del derecho no sería propiamente filosofía si renunciara a plantear en su seno los problemas propios de la filosofía en general. Es más, si se señaló como característica de la filosofía su universalidad, es decir, el no tener un objeto propio, sino la realidad en su conjunto como tal, la filosofía del derecho solo podría ser verdaderamente tal si dirigiendo su mirada a la realidad jurídica se marcara como objetivo dar cuenta de ella en el conjunto de la realidad, es decir, aprehenderla y mostrar su conexión con el resto de la realidad. Esto supone, como fácilmente se colige, contar con una interpretación de la

²⁹ ALEXY, R., «La naturaleza de la filosofía del derecho», cit., p. 154.

³⁰ Para una visión de conjunto de su obra, cfr. ALEXY, R., «La institucionalización de la razón», traducción del alemán, no publicado, de José Antonio Seoane, en *Persona y Derecho*, 43 (2000), pp. 217-249. Artículo previamente publicado en inglés: «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», en Luc J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 22-45.

realidad, de qué es lo real, es decir, con una metafísica. Sin duda existen también problemas específicos de la filosofía del derecho y por otra parte es evidente que a la hora de aprehender la realidad jurídica en sus causas más íntimas y profundas –o comprender su sentido más profundo–, como corresponde a una aproximación filosófica, habrá que ser capaz de ponerla en conexión no solo con la realidad en su conjunto, sino especialmente con aquellas realidades que le son más próximas como la moral o la política. La consideración de Alexy sobre el «ideal comprensivo» y el «máximo restrictivo» pone de relieve que se puede optar por una filosofía del derecho sin filosofía –aunque ello paradójicamente ya implique una filosofía, aunque sea por vía de negarla–. En este punto abogo por desarrollar una filosofía del derecho que se pregunte sin reduccionismos qué clase de realidad es el derecho, cuáles son sus dimensiones y cómo se articulan. La cuestión es cómo recorrer este itinerario.

4. UN PROYECTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

4.1 La historia de la filosofía del derecho como ingrediente constitutivo de la filosofía del derecho

Como se acaba de exponer, la filosofía es una actividad que consiste en dirigir la mirada a la realidad con el fin de aprehenderla en su conexión. Tanto la realidad como las interpretaciones que de la misma se han hecho –y que, como tales interpretaciones, también forman parte de la misma– son históricas³¹. La mirada filosófica está condicionada por la tradición filosófica en la cual se enmarca, pues los problemas a los que el filósofo se enfrenta y los conceptos con los que cuenta para acometer racionalmente su tarea están henchidos de historicidad. Serna ha insistido en esta idea y, con relación al derecho, afirma que «solo puede hacerse filosofía del derecho a partir de las ideas recibidas sobre él y, por supuesto, de las ideas más generales recibidas acerca de la realidad»³². Como él mismo señala más adelante, incluso aquellos autores que –como los ilustrados– aspiraron a romper con el pasado filosófico solo pueden ser entendidos en el marco de una determinada circunstancia histórica³³. Por otra parte, también afirma en

³¹ MARÍAS, J., *Introducción a la filosofía*, cit., pp. 147 y ss.

³² SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, cit., p. 2.

³³ Así sucede, por ejemplo, en el caso de Descartes, cuya innovación filosófica se explica desde su formación escolástica, pese a la ausencia de alusiones a esta tradición filosófica en su obra. Al respecto, cfr. MARÍAS, J., *Biografía de la filosofía*, 5.ª ed., Madrid, *Revista de Occidente*, 1968, p. 209: «Pero hace ya noventa años que el P. Gratry señalaba la filiación agustiniana y escolástica de Descartes, y con él de toda la filosofía del siglo XVII, y los más recientes estudios (cf., KOYRÉ, A., *L'idée de Dieu chez Descartes*, y los estudios de Gilson) han probado hasta la evidencia esa

otro trabajo que «hacer Filosofía es, pues, un intento de acceder a una imagen de la realidad, pero no como quien dispone de la imagen de un objeto en un espejo, sino tratando de dar respuesta a los problemas que las imágenes disponibles en un momento ofrecen, tanto desde el punto de vista de su consistencia o coherencia interna como desde el punto de vista de su confrontación con esa realidad que no deja de existir por más que nuestro acceso a ella esté mediado por un instrumental conceptual, metodológico y teórico recibidos»³⁴.

Es sabido que uno de los filósofos que más insistió en la historicidad de la filosofía fue Hegel³⁵, pero, en mi opinión, merece también destacarse la aproximación de Ortega a este tema. Según Ortega, no es que la filosofía se haga desde una tradición, sino que la filosofía es en sí misma una tradición, lo cual exige una aclaración porque, como observa Serna, esa referencia a la tradición no debe confundirse con una «profesión de fe tradicionalista». La referencia a la tradición es equívoca porque el «tradicional», como apunta Ortega, «piensa, siente y quiere en los modos que desde tiempo «inmemorial» halla establecidos en su contorno humano sin ponerlos en cuestión»³⁶. La filosofía es una tradición en el peculiar sentido de que es «la tradición de la intradición». Esto significa que para que la filosofía nazca o se ponga en marcha «es preciso que la existencia en forma de pura tradición se haya volatilizado, que el hombre haya dejado de creer «en la fe de sus padres». Entonces queda la persona suelta, con la raíz de su ser al aire, por tanto, desarraigada, y no tiene más remedio que buscar por su propio esfuerzo una nueva tierra firme donde hincarse para adquirir de nuevo seguridad y cimiento. Donde esto no acaece o en la medida en que no acaece, no hay filosofía»³⁷. Daría la impresión de que la filoso-

misma tesis. Descartes se mueve en una tradición que va de los antiguos a Escoto, pasando por San Agustín, San Anselmo, San Buenaventura y Santo Tomás, para citar solo a los mayores; sus problemas tienen su raíz en los de la Escolástica, y al mismo tiempo en los suscitados por la física naciente; y son estos últimos los que lo llevan más a acentuar su posición innovadora y antiescolástica, a la vez que rechaza para toda filosofía el método y hasta los géneros literarios de la especulación medieval».

³⁴ SERNA, P., «Entre ciencia y arbitrariedad. Una reflexión sobre los saberes teórico-jurídicos en el paradigma positivista», en Ángel Luis González y María Idoya Zorroza (eds.), *In umbra intelligentiae. Estudios en Homenaje al Prof. Juan Cruz Cruz*, Pamplona, Eunsa, 2011, p. 773.

³⁵ Cfr. HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 48.

³⁶ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia como sistema*, cit., p. 114. Esa manera de entender lo tradicional está presente, por ejemplo, en la concepción de GARCÍA MORENTE, M., *Idea de la hispanidad*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1938, pp. 52 y ss. (cito por la versión digital de esta obra presente en www.filosofia.org).

³⁷ *Ibid.*, p. 115. En el mismo sentido, SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, cit., p. 7: «[P]ara que la actividad filosófica se ponga en marcha, es precisa también una cierta insatisfacción ante las respuestas precedentes, a lo cual se debe que quien acepta la autoridad como fuente de conocimiento teórico y se da por satisfecho con las repuestas que puede ofrecer dicha autoridad no puede hacer Filosofía».

fía, al partir de la insatisfacción con las respuestas precedentes, pretende romper con la tradición, pero en realidad en filosofía es un error interpretar que el «sucesor» es un suplantador, un enemigo, «cuando en rigor no hace sino servir al que se fue, intentando prolongar su virtud y, para ello, ocupando su puesto vacío»³⁸.

Quizá la mejor manera de entender la tradición que es propia de la filosofía sea subrayando la reflexividad a la que aludía Alexy, que pone de relieve que hacer filosofía es ponerse a pensar sobre la base de lo que otros ya han pensado anteriormente. Como comenta Aristóteles en *De Anima* refiriéndose al cambio o movimiento, hay algunas realidades en las que el paso de la potencia al acto se realiza de una forma peculiar que le sume en la perplejidad, como señala Ortega. Una de ellas es el pensar, que supone un cambio en el hombre: «En el pensar hay, como en todo cambio, tránsito y paso, pero en este se da la condición paradójica de que el pensar no es pasar a *otra* cosa sino que, al contrario, es un incremento, marcha, avance o «progreso hacia sí mismo»³⁹. Es especialmente interesante observar que en el pensar se produce un proceso que «termina», pero no acaba, siempre se renueva o renace desde sí mismo porque se trata de una realidad en que el acto se convierte en potencia de sí mismo⁴⁰. Así, concluye Ortega, «si con-

³⁸ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia como sistema*, cit., pp. 121-130 (cita textual en p. 125).

³⁹ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁰ ARISTÓTELES, *De anima*, 417b, se cita por la edición de Gredos, introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1978, pp. 186-187. Para entender el texto conviene citarlo *in extenso*: «Pero es necesario precisar aún más lo relativo a la potencia y a la entelequia, ya que hasta el momento venimos hablando de ella sin matizar. En efecto, se es sabio de tres maneras. En primer lugar, en el sentido en que cabe decir de un hombre genéricamente que es sabio: en cuanto que el hombre pertenece al conjunto de aquellos seres que son sabios y poseen saber; en segundo lugar, en el sentido en que llamamos sabio al que domina la gramática. Uno y otro están en potencia, pero no de la misma manera, sino que el uno lo está en cuanto género apropiado y materia, mientras que el otro lo está en cuanto que puede ejercitar el saber cuando quiera, a no ser que se interponga algún obstáculo exterior. En tercer lugar viene el que está ya actualmente ejercitando el saber y sabe –en su sentido más genuino– que «esto es una A». Los dos primeros, por tanto, son sabios en potencia, si bien esta potencia la actualizan de diferente manera: aquél, sufriendo la alteración correspondiente al aprendizaje y pasando reiteradamente de un estado a su contrario; éste, por su parte, cuando de poseer la sensación o la gramática sin ejercitarlas pasa a ejercitarlas. Pero es que tampoco «padecer» significa siempre lo mismo, sino que en algunos casos se trata de una destrucción por la acción del contrario, mientras que en otros casos es más bien la conservación de lo que está en potencia por la acción de lo que está en entelequia, siendo lo uno y lo otro semejantes entre sí –en la medida en que esta semejanza corresponde a la relación existente entre potencia y entelequia. *En efecto, el que posee el saber pasa a ejercitarlo, lo cual o no es en absoluto una alteración –puesto que se trata de un proceso hacia sí mismo y hacia la entelequia– o constituye otro género de alteración. De ahí que no sea correcto afirmar que el que piensa sufre una alteración cuando piensa, como tampoco cabe decir que quien edifica sufre alteración alguna al edificar. Así pues, el objeto que lleva hasta la entelequia a quien está en potencia de inteligir y pensar no puede, en rigor, decirse que «enseña», sino que habrá que utilizar otra palabra» (énfasis añadido).*

templamos el proceso del pensar filosófico desde los griegos a nosotros como un inmenso pensamiento unitario, se nos presenta como un proceso de determinación en que el pasado se conserva e integra; esto es, como un progreso del pensar hacia sí mismo»⁴¹.

La historia de la filosofía y de la filosofía del derecho no es, pues, un aderezo que puede ayudar a contextualizar los problemas presentes, sino que es un ingrediente constitutivo de la propia actividad filosófica con el que hay que contar porque es ciencia del presente, dado que el pasado «es fuerza viva y actuante que sostiene nuestro hoy»⁴². Al mirar el pasado y observar cómo se han ido sucediendo las interpretaciones construidas unas sobre la base de las anteriores se descubre el carácter sistemático de la historia, de ahí que «nada pueda estar verdaderamente claro en Historia mientras no está toda ella clara. Es imposible entender bien lo que es ese hombre «racionalista» europeo, si no se sabe bien lo que fue ser cristiano, ni lo que fue ser cristiano sin saber lo que fue ser estoico, y así sucesivamente»⁴³.

Para hacer filosofía del derecho hay que contar con la historia de la filosofía del derecho, es decir, con la historia de cómo se ha pensado filosóficamente sobre la realidad jurídica. Alexy se refiere a la exigencia de tener en cuenta todas las precomprensiones que se encuentran en el derecho y en la filosofía del derecho. Por consiguiente, una teoría filosófica del derecho deberá ser capaz no solo de integrar sistemáticamente todas las dimensiones del fenómeno jurídico, sino que además deberá estar en condiciones de dar razón histórica de ellas habida cuenta del carácter histórico de la realidad. Ahora bien, que la historia de la filosofía del derecho esté presente cuando se trata de hacer filosofía del derecho no significa que haya que dar cuenta explícita de dicha historia, ni que el punto de partida del quehacer filosófico deba comenzar necesariamente por la historia de la filosofía del derecho, con independencia de que pueda ser una opción válida. ¿Dónde situar, pues, el punto de partida?

4.2 El problema del punto de partida en la filosofía del derecho

Si la filosofía del derecho aspira a conocer el fenómeno jurídico con radicalidad y en todas sus dimensiones, entonces parece necesario ubicarlo correctamente en el conjunto de la realidad. Para ello podría parecer que el camino más adecuado es indagar primeramente qué es la realidad –a lo que algún autor se refiere como la pregunta por el «ser»⁴⁴– y, posteriormente, descender a averiguar qué tipo de realidad

⁴¹ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia como sistema*, cit., p. 130.

⁴² *Ibid.*, p. 60.

⁴³ *Ibid.*, pp. 58-59.

⁴⁴ Así lo hace, por ejemplo, HENKEL cuando en su introducción a la filosofía del derecho comienza tratando de ubicar el derecho dentro de los «órdenes del ser». No obstante, su indagación metafísica es muy superficial y se limita a seguir la idea de

es el derecho. Este camino se asemeja a lo que Bobbio denomina la filosofía del derecho propia de los filósofos, que vendría a ser algo así como filosofía aplicada, y que a su juicio plantea el grave inconveniente de que «la llamada aplicación se convierte a menudo en una transposición extrínseca, cuando no forzada, de soluciones de un campo al otro, con la consecuencia de que los problemas generales del derecho no estudiados partiendo desde la experiencia jurídica misma, sino de las soluciones dadas a problemas aún más generales y en todo caso distintos»⁴⁵.

Por su parte, instalado en la metafísica de Ortega, Recaséns afirma que el propósito de cualquier indagación filosófica jurídica merecedora de tal nombre es comprender el sentido del derecho –realidad radicada– en la realidad radical que es la vida humana, en rigor «mi vida» y la vida de cada cual. A ello añade que «la Filosofía del Derecho, desenvolviéndose como un capítulo de la Filosofía general, trata de descubrir la articulación de lo jurídico con el resto de los objetos que en el mundo hay. Cierto que habitualmente no se ha concebido de esta guisa, con tanta amplitud ni con tanta radicalidad, la misión de la Filosofía del Derecho; pero para que ésta sea auténtica filosofía, considero que su camino debe ser el indicado»⁴⁶. Comparto estas palabras de Recaséns que en modo alguno conducen a una visión de la filosofía del derecho como filosofía aplicada. Con ello se destaca cuál debe ser el punto de llegada, la culminación de la reflexión filosófica sobre el derecho, pero la pregunta respecto a cuál debe ser el punto de partida sigue pendiente de respuesta.

En mi opinión, puede haber distintos puntos de partida para hacer filosofía del derecho. Lo decisivo es que se preste atención a todas las dimensiones del fenómeno jurídico intentando dar razón del mismo sin renunciar a afrontar las últimas preguntas. Considero que el conocimiento exhaustivo de la realidad jurídica que posee el jurista es imprescindible para lograr la comprensión filosófica a la que se aspira. Pero a su vez resulta también esencial que la mirada con la que el jurista se aproxima a la realidad jurídica esté formada filosóficamente,

Hartmann de la estructura estratificada del mundo. Al respecto, cfr. HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., trad. de Enrique Gimbernat Ordeig, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2014, pp. 13 y ss.

⁴⁵ BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 51. Este planteamiento de BOBBIO presenta claras semejanzas con el primero de los cuatro modos de hacer filosofía del derecho que identifica RODRÍGUEZ MOLINERO. Según este autor, destaca cuatro modos concretos de hacer filosofía del derecho. El primero consistiría en aceptar un determinado sistema filosófico y aplicarlo al campo del derecho. Según él, esta ha sido una vía habitual a lo largo de la historia del pensamiento filosófico-jurídico, y lo es actualmente para aquellos autores que no son juristas y que se dedican a la filosofía general o son tratadistas de Ética o Política. Al respecto, cfr. RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, pp. 146-150.

⁴⁶ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 14.ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 18.

es decir, que tome contacto con el derecho desde una determinada posición –provisional, si se quiere– sobre los grandes problemas filosóficos, a saber, qué es la realidad –problema metafísico y ontológico– y cómo es posible acceder a su conocimiento –problema epistemológico–.

En la toma de contacto con la realidad jurídica hay que ser fiel a la propia perspectiva, a la forma que tiene el derecho de manifestarse en la vida de cada cual⁴⁷. En mi caso, el derecho se me hace presente de diversas formas. Tomo contacto con él cuando como ciudadano me veo envuelto en situaciones que aparecen reguladas por normas que en ocasiones me otorgan posiciones de poder jurídico y en otras reclaman de mí determinados comportamientos u omisiones. En tanto jurista y estudioso de la realidad jurídica, esta se me hace presente también en forma de libros que contienen la historia del derecho y de lo que se ha pensado sobre él, regulaciones normativas pasadas y presentes, repertorio de sentencias, decisiones que se han adoptado sobre casos litigiosos, etc. Pero por mi dedicación profesional a la filosofía jurídica la forma primaria en la que topo con el derecho es a través de teorías científicas y filosóficas sobre el derecho que presuponen o explícitamente ofrecen una interpretación sobre la realidad jurídica que condiciona mi acceso a la misma, y que ahora mismo me veo obligado a tener en cuenta cuando trato de identificarla. Se trata de teorías que solo se comprenden adecuadamente si se las contextualiza históricamente. Como se ha señalado en páginas previas, dicha historia es un ingrediente con el que hay que contar, e integrando dicha historia, me

⁴⁷ Comparto los argumentos que conducen a Ortega a sostener que de todo cuanto hay, la realidad primaria y más radical –en cuanto que cualquier otra aparece en ella radicada– es mi vida, la vida de cada cual, que supone la presencia de alguien, un sujeto, «yo», en conexión inescindible con un mundo que representa, que no es una representación suya, como creía el idealismo, y con el que se tiene que contar en ese diálogo permanente que es lo que se entiende por «vivir»: «Al buscar con todo rigor y exacerbando la duda cuál es el dato radical del Universo, me encuentro con que hay un hecho primario y fundamental que se pone y asegura a sí mismo. Este hecho es la existencia conjunta de un yo o subjetividad y su mundo. No hay el uno sin el otro. Yo no me doy cuenta de mí sino como dándome cuenta de objetos, de contornos. Yo no pienso si no pienso cosas» (ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?*, cit., p. 205). Si la realidad radical pasa siempre por un sujeto que se relaciona con un mundo que no es su representación, sino que es plenamente real, aunque para tener realidad o «ser» depende necesariamente del sujeto, la perspectiva forma parte de la realidad sin que ello desemboque en subjetivismo. Me parece que se trata de una idea enormemente fértil en el terreno jurídico, concretamente a la hora de examinar problemas relativos a la justicia o corrección material del derecho en el que las discrepancias muchas veces son interpretadas como signo de que este tipo de cuestiones no son susceptibles de ser abordadas racionalmente y ello desemboca en puntos de vista abstractos que suplantan la realidad. En lugar de ello, el perspectivismo de Ortega permite interpretar las discrepancias como puntos de vista complementarios una idea que se halla presente, por ejemplo, en la teoría convergente de la verdad con la que Arthur Kaufmann critica las teorías procedimentales de la justicia. Al respecto, cfr. KAUFMANN, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Temis, 1998, *passim*.

parece que el punto de partida más adecuado para comenzar la investigación filosófica es la aprehensión de la interpretación dominante sobre la realidad jurídica. Hay que partir de ella para ver en qué medida exige ser revisada.

Cuando se observa la práctica jurídica y la enseñanza del derecho por parte de las disciplinas dogmáticas se llega fácilmente a la conclusión de que buena parte de las tesis propias del positivismo jurídico perviven en los esquemas mentales de los juristas, en los científicos del derecho y, también en los filósofos del derecho. El derecho se interpreta como una realidad normativa, elaborada por el poder político siguiendo los cauces procedimentales previstos a tal efecto, cuyo rasgo de identidad o propiedad esencial que lo identifica es su coactividad institucionalizada. Los ciudadanos deben obedecer dichas normas, y para ello cuentan con buenas razones, debido a que han sido elaboradas en el marco de un Estado democrático de Derecho, pero incluso si no fuera así cabría considerarlas como jurídicas en el caso de que fueran generalmente obedecidas y pudiera afirmarse que el sistema jurídico en cuestión es eficaz, condición esencial para su existencia como sistema jurídico, según la conocida posición de Kelsen⁴⁸. Es cierto que las características que hoy en día presenta el Estado constitucional de Derecho hace cada vez más difícil mantener en pie muchas de las tesis que cabe atribuir al positivismo jurídico, y se habla abiertamente de la crisis del positivismo⁴⁹; pero todavía parece ser el paradigma dominante –utilizando la terminología de Kuhn⁵⁰– con el que hay que contar para hacer filosofía del derecho. Por consiguiente, el proyecto de filosofía que me gustaría acometer debe partir, en primer lugar, del estudio crítico del positivismo jurídico para poner de manifiesto sus limitaciones y la necesidad de abrirse a la experiencia

⁴⁸ Cfr. KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2.ª ed., traducción de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, quinta reimpression, 1995, p. 49: «La afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay, sin embargo, una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma. Una norma no es válida *porque* es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia. Esta relación entre validez y eficacia sólo es cognoscible, sin embargo, desde el punto de vista de una teoría dinámica del derecho, que se ocupe en el problema de la razón de validez y en el del concepto de orden jurídico. Desde el punto de vista de una teoría estática sólo viene en cuestión el problema de la validez».

⁴⁹ Cfr. SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, cit., pp. 11-12.

⁵⁰ Según KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 33, los paradigmas son teorías que atraen a un amplio grupo de partidarios y que permiten en su seno el desarrollo de diversas teorías sobre determinadas cuestiones que no ponen en duda los puntos de partida del paradigma o teoría matriz.

jurídica sin reduccionismos –a diferencia de lo que, en mi opinión, sucede con el positivismo– para hacer filosofía del derecho.

Analizar las insuficiencias del positivismo jurídico debe dejar paso, en segundo lugar, a una indagación filosófica en la que se plantean diversas posibilidades. Serna, uno de los principales críticos del positivismo jurídico en nuestro país, subraya la importancia de evitar el error de partir de un determinado concepto de derecho y, en lugar de ello, sostiene que hay que llegar a él «por la senda de la experiencia, donde comparecen nítidamente los datos de la pretensión de justicia y de fuerza obligatoria, pero también el carácter cultural e institucional de la vida jurídica toda, su constitutiva dimensión hermenéutica»⁵¹. En un trabajo reciente, aboga por una filosofía hermenéutica, aunque abierta a la ontología, cuyo fin es la comprensión global del derecho⁵². Para lograr ese objetivo, tras reiterar la necesidad de superar las aproximaciones unilaterales –que es una de las razones de su crítica al positivismo jurídico–, sitúa el punto de partida de la filosofía jurídica en la descripción y explicación del derecho como práctica social, y para avanzar en dicha tarea propone seguir la caracterización propuesta por Roscoe Pound⁵³.

Este camino me parece una vía perfectamente lícita que sin duda puede conducir a resultados de interés. Por mi parte, opino que no solo es importante dejar atrás el positivismo jurídico, sino también el normativismo que, por ejemplo, está presente en concepciones no positivistas como la de Alexy. El normativismo es seguramente la concepción jurídica más difundida a lo largo del siglo xx⁵⁴. Aunque hay distintas formas de entenderlo, quizá su rasgo más característico sea la identificación de lo jurídico con el sistema normativo coactivo que está vigente en un determinado Estado⁵⁵. Esto permite afirmar que es jurídicamente relevante todo aquello que aparece ligado al cumplimiento y a la aplicación de las normas jurídicas. No cabe negar, como es obvio, que el derecho se presenta como un conjunto de normas coactivas elaboradas por el poder político. Ahora bien, la cuestión es si el derecho es primariamente norma. De entrada, cabe señalar que el actual Estado constitucional de Derecho invita a superar el normati-

⁵¹ SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», en *Persona y Derecho*, núm. 37 (1997), p. 313.

⁵² SERNA, P., «Notas para la elaboración del concepto de derecho desde una perspectiva hermenéutica», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros*, Murcia, Universidad de Murcia, 2013, p. 688.

⁵³ *Ibid.*, pp. 698-711.

⁵⁴ Cfr. ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, pp. 298 y ss.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 301: «La coacción juega un papel fundamental en esta concepción, pues si la normatividad es el género al que pertenece el Derecho, la coactividad es su diferencia específica con respecto a otros órdenes normativos, como el de la moral. Pero además, el Derecho aparece como una organización de la fuerza; esto es, el Derecho se atribuye el monopolio de la fuerza, de manera que cualquier acto de coacción no autorizado por el Derecho es un acto ilícito».

vismo, en tanto el sistema jurídico que surge a partir del mismo muestra con claridad que son los valores que sirven de base a la comunidad política los que dan la medida de las normas y no al revés⁵⁶. Ante esta realidad surge la pregunta de si la clave para la comprensión de la realidad jurídica está en el terreno axiológico y guarda relación con una forma de convivir, o más bien se halla en el significado de un acto lingüístico de prescribir que es institucionalizado siguiendo un determinado cauce procedimental.

Superar el normativismo requiere ir en busca de lo que Ballesteros denomina el *Urphaenomen* de lo jurídico⁵⁷. Este autor identifica los rasgos de la juridicidad a partir del análisis etimológico del derecho, y presta particular atención a establecer las semejanzas y diferencias entre el derecho y el orden ético, uno de los problemas centrales de la filosofía jurídica. Me parece un punto de partida perfectamente válido que proporciona aportaciones muy valiosas. Pero quizá la mejor manera de superar el normativismo, e iniciar el camino hacia la comprensión filosófica del derecho, consista en dirigir la mirada a un problema significativo que se presenta en la experiencia jurídica, y formularse en torno a él preguntas significativas que demanden una indagación filosófica. Debe tratarse de un problema cuya respuesta requiera de manera inmediata poner en claro la raíz de la juridicidad y permita, al menos en un primer momento, conducir la argumentación sin incurrir en un alto grado de abstracción.

4.3 El itinerario a seguir: los ejes del proyecto

La acción de matar voluntariamente a otra persona, matices al margen, se nos presenta de manera intuitiva como jurídicamente relevante y la reflexión en torno a ella puede ser un buen punto de arranque. ¿Qué es lo que otorga a tal comportamiento relevancia jurídica? Es obvio que se trata de una acción tipificada en el Código Penal como homicidio y castigada con una determinada pena en todo el mundo.

⁵⁶ Cfr. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en Ramos Pascua, J. A., y Rodilla, M. A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Aquilafuente, 2006, p. 778: «El ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas, y éstas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales».

⁵⁷ Jesús Ballesteros sostiene que la crisis del positivismo demanda la recuperación del pensamiento ontológico sobre el derecho y la superación del normativismo estatalista que ha caracterizado al positivismo: «El tema ontológico requiere a su vez la superación del positivismo en su otra dimensión más estrictamente jurídica, aquella que reduce el derecho al ordenamiento jurídico estatal, ya que difícilmente puede ser planteado el tema del origen del derecho como realidad autónoma, si a éste se le niega toda independencia respecto a la realidad del poder político» (BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 91).

Asimismo, existen mecanismos institucionalizados en el Estado para lograr la condena efectiva del criminal. ¿Es esta identificación de la acción como prohibida en el marco de un sistema eficaz de normas lo que dota a la acción de relevancia jurídica, o quizá es más correcto pensar que es el acto de matar en sí mismo lo que convierte dicha conducta en jurídicamente relevante, siendo precisamente dicha relevancia jurídica lo que justifica su regulación penal en aras a su prohibición y castigo? Estas preguntas abren la puerta a una serie de problemas cuya respuesta requiere hacer filosofía del derecho.

La mayoría de teóricos del derecho –a diferencia de lo que a mi juicio sucedería con los ciudadanos– se decantaría claramente por la primera opción. Desde esta perspectiva, la acción de matar no es examinada en lo que significa por su repercusión en la vida de los protagonistas ni en los efectos concretos que tiene en la sociedad, sino que interesa en todos aquellos aspectos que son determinados por su regulación normativa. La otra alternativa vendría a sostener que tal acción es en sí misma antijurídica, lo cual supone que la clave de su juridicidad no radica tanto en su prohibición a través de una norma coactiva, sino en hacer imposible la convivencia. Es precisamente el ataque frontal que a ella dirige el homicida lo que permite captar intuitivamente su carácter antijurídico. La coacción institucionalizada, pues, no sería una propiedad esencial de lo jurídico, sino que, como afirma Ballesteros, pertenecería exclusivamente al nivel de la efectividad práctica del mismo: «Esta diferenciación de planos fue tenida perfectamente en cuenta por el pensamiento clásico, más concretamente por Soto, al advertir que es la *executio iustitiae* la que requiere las *vis coercendi*. Lo esencial al derecho no es, por tanto, la posesión efectiva de la fuerza, sino la licitud ética del recurso a la misma, a diferencia de lo que ocurre con el resto de la vida ética, que, al dirigirse a la perfección integral de la persona, no pueden emplear tal recurso»⁵⁸.

La reflexión sobre la relevancia jurídica a través del examen del homicidio invita a indagar en la raíz de la juridicidad superando el normativismo. El principal problema de esta corriente deriva de su actitud dogmática. Sostener, como hace Alexy, que el derecho es ante todo norma resulta una afirmación altamente problemática, pues, aunque el derecho sin duda implica la normatividad, es necesaria una indagación adicional para afirmar que el derecho sea primariamente norma. Las normas ponen de relieve que la conducta humana necesita ser normada, lo cual exige preguntarse por las razones últimas de la normatividad, como hace Sergio Cotta. En efecto, ¿por qué no otorgar libertad para realizar las más diversas acciones como, por ejemplo, plantearían las teorías vitalistas que abogan por reducir el deber ser al ser? Cotta se dirige al fondo del problema y lo plantea con toda radicalidad: «También respecto a la posibilidad del discurso ético y jurídi-

⁵⁸ *Ibidem*.

co nos obliga la duda metódica a plantear una vez más la pregunta radical: ¿por qué la ética mejor que su ausencia?»⁵⁹. Y la respuesta solo admite ser satisfecha desde una ontología del ser humano, es decir, la pregunta por qué existe el derecho tiene prioridad respecto a la pregunta qué es el derecho⁶⁰.

La radicalidad que exige la filosofía conduce a buscar el sentido del derecho profundizando en el estudio del ser humano y, en especial, en aquella dimensión que le lleva a intentar convivir en paz con sus semejantes. Se trata, en definitiva, de poner en marcha un proyecto de filosofía del derecho radicado en la ontología de la persona cuyos ejes serían los siguientes:

a) En primer lugar, hay que partir del estudio del positivismo jurídico con el fin de mostrar sus insuficiencias y la necesidad de abrirse a la filosofía del derecho en el sentido que he argumentado en este trabajo. En particular, considero necesario analizar sus incongruencias con relación a la apertura de algunas corrientes positivistas al cognoscitivismo ético, concretamente la posibilidad de justificar la desobediencia a las normas sin que ello afecte a su validez, y las dificultades que halla el positivismo para dar razón suficiente de las características del actual Estado constitucional de Derecho.

b) En segundo lugar, constatado el agotamiento del paradigma positivista, hay que empezar a construir indagando en el significado de lo «jurídicamente relevante» a la luz del problema del homicidio. Ello debe conducir a situar la raíz de la juridicidad en el objetivo de lograr una convivencia pacífica y digna de los seres humanos. En este punto hay que hacer frente a numerosas dificultades para poder avanzar. En un primer momento se deben investigar las relaciones entre el derecho y la moral para poder trazar diferencias entre ellas sobre una base no normativista, tarea en la que destacan las aportaciones de Ollero, quien sostiene que derecho y moral son primariamente dos dimensiones de la existencia humana y solo secundariamente dos tipos de normas⁶¹. Asimismo, es muy importante destacar las relaciones entre el derecho y la política como dos formas coexistentiales divergentes, una investigación en la que los trabajos de Cotta son referencia obligada⁶². Ante las dificultades apuntadas cabe destacar la siguiente: ¿qué sucede con las normas injustas que lejos de contribuir a lograr una convivencia pacífica instituyen un régimen represivo? ¿Acaso pierden su condición jurídica? Una vez afrontadas estas y

⁵⁹ COTTA, S., *Justificación y obligatoriedad de las normas*, trad. de Antonio Fernández Galiano, Madrid, Ceura, 1987, p. 27.

⁶⁰ En el mismo sentido, cfr. SERNA, P., «Notas para la elaboración del concepto...», cit., p. 713.

⁶¹ Cfr. OLLERO, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 172.

⁶² COTTA, S., *El derecho en la existencia humana*, trad. de Ismael Peidró, Pamplona, Eunsa, 1987, *passim*.

otras objeciones, se debe subrayar una idea de gran repercusión práctica: el carácter gradual de lo jurídico. Con ello se pretende destacar que lo jurídico no aparece inmediatamente con la entrada en vigor de las normas coactivas, sino que se trata de un proceso que admite diversos grados de desarrollo y perfeccionamiento.

c) En tercer lugar, la convivencia reclama examinar el concepto de norma y de sistema normativo como elemento estructural del modo de vida jurídico. Pero si la norma pretende contribuir a ajustar las conductas de manera efectiva no basta con la posesión efectiva del recurso a la coacción, sino que es ineludible a su vez contar con la corrección material o la justicia, es decir, con lo que Alexy denomina la dimensión ideal del derecho. Con relación a esta cuestión se debe mostrar la insuficiencia del origen democrático de las normas como criterio de justicia, así como de las teorías procedimentales que pretenden extraer contenidos materiales a partir de la forma, es decir, sin sostener aparentemente ninguna teoría sustantiva del bien y descartando deliberadamente cualquier aproximación ontológica. El problema de la justicia exigirá investigar cuáles pueden ser los criterios que permiten afirmar que algo es justo, lo cual remite al estudio de la persona y de la sociedad. La persona humana constituye un referente ineludible en toda pregunta por la justicia o corrección material. La idea de la dignidad de la persona humana y las implicaciones prácticas de la misma se ha abierto paso paulatinamente, y sobre ella es posible ofrecer argumentos con el fin de fundamentarla y de concretar los bienes básicos cuyo reconocimiento y respeto exige. Pero la investigación sobre la justicia debe prolongarse a la sociedad. El ser humano es alguien que vive habitualmente en una sociedad concreta, aunque su vida no tenga por qué reducirse a ese ámbito. Toda sociedad tiene una estructura cuyos elementos hay que comprender y, en lo que aquí interesa, para determinar lo justo⁶³. Las exigencias propias de la dignidad humana, el respeto a los derechos básicos de la persona, no se produce en el vacío, sino en las circunstancias concretas de una sociedad cuya estructura debe tenerse en cuenta para lograr el ajuste convivencial que requiere tanto la organización de la vida colectiva, como cada acción que en ella tiene lugar. La comprensión de la estructura social y también, lógicamente, de las normas constituye un requisito imprescindible para ajustar las conductas. En ese proceso de comprensión el ser humano se encuentra, en primer lugar, con interpretaciones de la realidad que tienen mayor o menor vigencia en el seno de la sociedad en la que vive. Podríamos decir que topa con unas vigencias sociales con las que tiene que contar y que es habitual que interiorice en forma

⁶³ En la identificación de esos elementos estructurales de la vida colectiva tengo presente la teoría social de Ortega expuesta en ORTEGA Y GASSET, J., «El hombre y la gente», en *Obras Completas*, Tomo IX, Madrid, Taurus, 2009, pp. 279-473, y la de Marías, expuesta en MARÍAS, J., *La estructura social*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

de creencias que actúan como condición de posibilidad de la comprensión y valoración de la realidad. Esta idea, que puede hallarse en la filosofía de Ortega y en Julián Marías⁶⁴, posteriormente ha sido objeto de especial atención por parte de la filosofía hermenéutica⁶⁵, que presta particular atención a examinar las condiciones que hacen

⁶⁴ La profunda afinidad entre algunas de las tesis de la filosofía hermenéutica y la filosofía de Ortega y Marías puede verse, por ejemplo, a la luz de este texto de MARÍAS, Julián, *Introducción a la filosofía*, cit., p. 231: «Vivir es ya *entender*, la forma primaria y radical de la intelección es el hacer vital humano (...). Entender significa, pues, referir algo a la totalidad de mi vida en marcha, es decir, de mi vida haciéndose, *viviendo*. Es la vida misma la que, al poner a una cosa en su perspectiva, al insertarla en su contexto y hacerla *funcionar* en él, la hace *inteligible*. La vida es, por tanto, el *órgano mismo de la comprensión*».

⁶⁵ Quizá la figura que mayor influencia ha ejercido en la filosofía hermenéutica haya sido Heidegger. A este respecto, cfr. HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2002, pp. 166-177. La necesidad de la «precomprensión» como clave para lograr interpretarse se puede observar en el siguiente texto: «La interpretación de algo en cuanto algo está esencialmente fundada en el haber previo, en la manera previa de ver y en la manera de entender previa. La interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos, de algo dado» (p. 174). Y a la pregunta de cómo podrá la comprensión producir resultados sin caer en un círculo, dado que la comprensión se basa en el conocimiento ordinario del hombre y del mundo, responde: «Lo decisivo no es salir del círculo, sino entrar en él en forma correcta. Este círculo del comprender no es un circuito en el que gire un género cualquiera de conocimientos, sino que es la expresión de la *estructura* existencial de *prioridad* del Dasein mismo. No se lo debe rebajar a la condición de un *circulus vitiosus*, y ni siquiera a la de un círculo vicioso tolerado. En él se encierra una positiva posibilidad del conocimiento más originario, posibilidad que, sin embargo, sólo será asumida de manera auténtica cuando la interpretación haya comprendido que su primera, constante y última tarea consiste en no dejar que el haber previo, la manera previa de ver y la manera de entender previa le sean dados por simples ocurrencias y opiniones populares, sino en asegurarse el carácter científico del tema mediante la elaboración de esa estructura de prioridad a partir de las cosas mismas. Dado que, en virtud de su sentido existencial, el comprender es el poder-ser del Dasein mismo, los supuestos ontológicos del conocimiento histórico trascienden fundamentalmente la idea del rigor de las ciencias más exactas» (pp. 176-177). Pero en la filosofía hermenéutica destaca sin duda la labor desarrollada por el discípulo de Heidegger, GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, 13.^a ed., traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 2012. En España, y en el ámbito de la filosofía del derecho, la filosofía hermenéutica ha despertado interés. Al respecto, cfr. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993; del mismo autor, *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995; OLLERO, A., ¿Tiene razón el derecho?, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 201-252; LÓPEZ MORENO, Á., «Comprensión» e «Interpretación», en *Las Ciencias del espíritu: W. Dilthey*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990, y de la misma autora, «Orígenes de la idea de hermenéutica. Supuestos terminológicos, históricos y filosóficos. Para una aproximación a la hermenéutica jurídica», en *Anales de Derecho*, núm. 8 (1985), pp. 33-59; «Dimensiones del debate hermenéutico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 95 (2000), pp. 141-164. Finalmente, SERNA, P., «Notas para la elaboración del concepto de derecho desde una perspectiva hermenéutica», citado.

posible la comprensión⁶⁶. Todo ello debe tenerse en cuenta a la hora de abordar los problemas relativos a la interpretación jurídica.

d) Finalmente, como se apuntó en su momento, la filosofía del derecho tiene un punto de llegada: comprender el fenómeno jurídico en sus diversas dimensiones e insertarlo en el conjunto de la realidad. A este respecto, la filosofía de la razón vital que desarrolló Ortega proporciona una tesis metafísica, cuyos argumentos me parecen muy convincentes, según la cual la realidad radical es la vida humana, y la teoría de la vida humana implica una estructura necesaria de la realidad que descubro a través del análisis de «mi vida». Ser capaz de explicar el fenómeno jurídico desde la filosofía de la razón vital sería el objetivo último de este proyecto que me gustaría poder acometer en los próximos años.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, A., ALEXY, R., y PECZENICK, A., «The Foundation of Legal Reasoning», en *Rechtsheorie*, 12 (1981).
- ALEXY, R., «La institucionalización de la razón», traducción del alemán, no publicado, de José Antonio Seoane, en *Persona y Derecho*, 43 (2000).
- «La naturaleza de la filosofía del derecho», en *Doxa*, Alicante, 122 (2003).
- ARISTÓTELES, *De anima*, 417b, se cita por la edición de Gredos, introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1978.
- ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.
- «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en Ramos Pascua, J. A., y Rodilla, M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Aquilafuente, 2006.
- BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.
- BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, traducciones de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, edición al cuidado de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2015.

⁶⁶ Esas condiciones se basan en la idea compartida por Ortega y Heidegger del ser humano como inescindiblemente ligado al mundo. A partir de ahí las discrepancias son importantes y Ortega se ocupa de subrayarlas en términos enérgicos –que quizá respondan a que se hayan en una obra póstuma, no publicada– en ORTEGA Y GASSET, J., «La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva», en *Obras Completas*, Tomo IX, Madrid, Taurus, 2009, pp. 1116-1129, e incluso de reprochar amargamente a sus discípulos no haberlas visto suficientemente (p. 1118). Cfr. ZAMORA BONILLA, J., *Ortega y Gasset*, Madrid, Plaza-Janés, 2002, p. 375: «Que Heidegger (...), quisiese presentarse como el descubridor de la idea de la vida o de la existencia –nombre este último que le parecía erróneo, con su *Dasein*, o mejor dicho, que algunos quisiesen presentar al profesor alemán como tal descubridor, enojaba profundamente a Ortega por dos motivos: el prurito de que él había anticipado esos temas y el sentimiento de que no había sido comprendido».

- COTTA, S., *Justificación y obligatoriedad de las normas*, traducción de Antonio Fernández Galiano, Madrid, Ceura, 1987.
- *El derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidró, Pamplona, Eunsa, 1987.
- FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, 13.^a ed., traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 2012.
- GARCÍA MORENTE, M., *Idea de la hispanidad*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1938.
- HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía*, traducción de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2002.
- HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., traducción de Enrique Gimbernat Ordeig, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2014.
- KAUFMANN, A.; «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática Jurídica», traducción de Gregorio Robles, en Kaufmann, A. y Hassemer, W. (eds.), edición española a cargo de Gregorio Robles, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992.
- *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, traducción de Luis Villar Borda, Bogotá, Temis, 1998.
- «Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho», título original *Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung*», publicado en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag herausgegeben von Karl Lackner, Heinz Lefferenz Schmidt, Jürgen Welp und Ernst Amadeus Wolff*, Berlín Walter de Gruyter, 1973, traducción de Renato Babbi-Baldi y María Elisa González Dorta, en *Persona y Derecho*, núm. 29 (1993).
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2.^a ed., traducción de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, quinta reimpresión, 1995.
- KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- LÓPEZ MORENO, A., «Comprensión» e «Interpretación» en *Las Ciencias del espíritu: W. Dilthey*, Murcia, Universidad de Murcia, 1990.
- «Orígenes de la idea de hermenéutica. Supuestos terminológicos, históricos y filosóficos. Para una aproximación a la hermenéutica jurídica», en *Anales de Derecho*, núm. 8 (1985).
- «Dimensiones del debate hermenéutico», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 95 (2000).
- MARÍAS, J., *Introducción a la filosofía*, 9.^a ed., Madrid, Alianza Editorial, 1967.
- «Biografía de la filosofía», 5.^a ed., Madrid, *Revista de Occidente*, 1968.
- *Antropología Metafísica*, Madrid, Alianza Editorial, 1983 (primera edición de 1970).
- *La estructura social*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- «Elogio de la ambición intelectual», en *ABC*, 31 de octubre de 1996.
- OLLERO, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- *¿Tiene razón el derecho?*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

- ORTEGA Y GASSET, J., *Historia como sistema*, cito por la edición de la colección Austral, que en un volumen con ese título incluye «Ideas para una Historia de la Filosofía» y el prólogo a la «Historia de la Filosofía», de Karl Vorländer, Madrid, Espasa-Calpe, 1971.
- *¿Qué es filosofía?*, 11.^a ed., introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Espasa-Calpe, 2001.
- «El hombre y la gente», en *Obras Completas*, Tomo IX, Madrid, Taurus, 2009.
- «La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva», en *Obras Completas*, Tomo IX, Madrid, Taurus, 2009.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993.
- *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1995.
- RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 14.^a ed., México, Porrúa, 1999.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 2000.
- SERNA, P., *Paradigmas epistemológicos y filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2006.
- «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», en *Persona y Derecho*, núm. 37 (1997).
- «Entre ciencia y arbitrariedad. Una reflexión sobre los saberes teórico-jurídicos en el paradigma positivista», en Ángel Luis González y María Idoya Zorroza (eds.), *In umbra intelligentiae. Estudios en Homenaje al Prof. Juan Cruz Cruz*, Pamplona, Eunsa, 2011.
- «Notas para la elaboración del concepto de derecho desde una perspectiva hermenéutica», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros*, Murcia, Universidad de Murcia, 2013.
- ZAMORA BONILLA, J., *Ortega y Gasset*, Madrid, Plaza-Janés, 2002.
- ZUBIRI, X., *Naturaleza, historia, Dios*, 11.^a edición, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

Retos éticos y jurídicos que plantea la edición
genética embrionaria a la luz del marco legal vigente
en el ámbito europeo: una mirada crítica

*Ethical and legal challenges posed by embryonic gene
editing in light of the current European legal
framework: a critical review*

Por IÑIGO DE MIGUEL BERIAIN*
Universidad del País Vasco UPV/EHU (Leioa, España, 48940)
IKERBASQUE, Basque Foundation for Science, Bilbao, Spain
Por EKAIN PAYÁN ELLACURIA**
Universidad del País Vasco UPV/EHU (Leioa, España, 48940)

RESUMEN

Los avances en el área de la edición genética, representados a través de CRISPR/Cas9, no han hecho sino reabrir un debate de intenso calado ético y jurídico. Y es que la citada herramienta puede curar y tratar enfermedades graves como la que abordaremos en el presente artículo, debiendo propugnarse la preservación del genoma individual del sujeto concreto frente a los imprecisos riesgos en el genoma de la humanidad. En cualquier caso, estos deberán identificarse y valorarse en su justa medida, ponderando los bienes jurídicos enfrentados junto con el éxito esperado, y procediendo a modificar

* Dirección de correspondencia: inigo.demiguelb@ehu.eus

** Dirección de correspondencia: ekain.payan@ehu.eus. Al autor le gustaría aprovechar esta oportunidad para agradecer el apoyo a la Convocatoria de Contratación para la Formación de Personal Investigador en la UPV/EHU (2016), promovida por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV/EHU, en la realización de este trabajo.

algunos de los textos vigentes, si fuera menester, al objeto de dotar a las nuevas tecnologías de la salud del encaje legal oportuno.

Palabras clave: *CRISPR-Cas9/Edición genética/Embrión humano/Línea germinal/Genoma de la descendencia/Terapia génica.*

ABSTRACT

Advances in the area of gene editing, represented by CRISPR/Cas9, have only reopened a debate of intense ethical and legal importance. This tool can cure and treat serious diseases such as the one we will deal with in this article, and we must advocate the preservation of the individual genome of the subject in the face of inaccurate risks to the genome of humanity. In any case, these should be identified and assessed in their fair measure, weighing the legal assets faced with the expected success, and proceeding to modify some of the current texts, if necessary, in order to provide new health technologies with the appropriate legal framework.

Keywords: *CRISPR-Cas9/Gene editing/Human embryo/Germinal line/Genome of the offspring/Gene therapy.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. FICTIO IURIS: SUPUESTO PRÁCTICO DE EDICIÓN GENÉTICA EN UN EMBRIÓN HUMANO ENFERMO CON FINES TERAPÉUTICOS.-3. ARGUMENTOS ÉTICOS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN.-4. MARCO LEGAL APLICABLE AL CASO PLANTEADO: LA SITUACIÓN EN LA UE.-5. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO PROPUESTO: EL CONVENIO DE OVIEDO.-6. CONSIDERACIONES FINALES.-7. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. *FICTIO IURIS*: A PRACTICAL CASE OF GENE EDITING IN A SICK HUMAN EMBRYO FOR THERAPEUTIC PURPOSES.-3. ETHICAL ARGUMENTS ON THE ADMISSIBILITY OF THE INTERVENTION.-4. LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE TO THE CASE RAISED: THE SITUATION IN THE EU.-5. LEGAL ANALYSIS OF THE PROPOSED CASE: THE OVIEDO CONVENTION.-6. FINAL CONSIDERATIONS.-7. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

El origen de la técnica de edición genética más revolucionaria de los últimos tiempos se remonta al año 1993, cuando el investigador Francisco Juan Martínez Mojica descubrió la repetición de unas

secuencias en el ADN de determinadas bacterias que denominaría finalmente Repeticiones Palindrómicas Cortas Agrupadas y Regularmente Interespaciadas (en adelante, *CRISPR*). Este fenómeno resultó ser un sistema de defensa inmunológico de estos microorganismos frente a enfermedades de carácter vírico¹, algo que nadie había sospechado hasta entonces. Para la aplicación de este descubrimiento a la práctica científica hubo, no obstante, que esperar hasta 2012, año en el que, de la mano de Emmanuelle Charpentier y Jennifer Anne Doudna, se descubrió que la adhesión de la endonucleasa *Cas9* a *CRISPR* abría la puerta a editar el genoma humano². Gracias a esto, a día de hoy sabemos ya de manera fehaciente que el mecanismo *CRISPR/Cas9* posibilita insertar, modificar o sustituir secuencias de ADN, operando como una suerte de «tijeras moleculares», al disponer de la capacidad para «cortar y pegar» el ADN. Más aún, su aparición constituye una auténtica novación biológica, dado que permite, en comparación con métodos anteriores, modificar el genoma con suma precisión, sin costes significativos³ y con una aplicabilidad relativamente simple.

Siguiendo, precisamente, la meritada técnica *CRISPR/Cas9*, científicos de la Universidad *Sun Yat-sen* (*Guangzhou*, China) llevaron a cabo un hito sin precedentes al extrapolar en 2015 la modificación celular a embriones humanos defectuosos e inviábiles para el nacimiento con el fin de corregir la beta-talasemia⁴. Este primer intento tuvo continuidad por parte de sendos grupos de investigación chinos y británicos en 2016, que trataron de editar genes de embriones pretendiendo hacerles resistentes al Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH)⁵ y para investigar –sin fines reproductivos– algunos genes clave en el desarrollo embrionario⁶, respectivamente. En la actualidad, ya se

¹ MOJICA, F. J. M., JUEZ, G., RODRÍGUEZ-VALERA, F., «Transcription at different salinities of *Haloflex mediterranei* sequences adjacent to partially modified PstI sites», *Molecular Microbiology*, No. 3, Vol. 9, August 1993, pp. 613-621.

² JINEK, M., CHYLINSKI, K., FONFARA, I., HAUER, M., DOUDNA, J. A., CHARPENTIER, E., «A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity», *Science*, Vol. 337, August 2012, pp. 816-821.

³ «(...) mientras que la utilización de las meganucleasas necesitan 4-5 años de trabajo y un coste de 6.000 € para llevar a cabo una investigación de edición, las ZFNucleasas implican un costo 30.000 €, las TALEN implican un tiempo de 3-4 meses y un costo de 10.000 €, con la CRISPRCas9 se necesitan solamente 2-3 semanas de trabajo y un coste de 20-30 €». LACADENA, J.-R., «Genética y Humanismo. Edición genómica: ciencia y ética», *Revista Iberoamericana de Bioética*, Núm. 3, 2017, p. 3.

⁴ LIANG, P., XU, Y., ZHANG, X., DING, C., HUANG, R., ZHANG, Z., LV, J., XIE, X., CHEN, Y., YUJING, L., SUN, Y., BAI, Y., SONGYANG, Z., MA, W., ZHOU, C., HUANG, J., «CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human triploid zygotes», *Protein & Cell*, No. 5, Vol. 6, May 2015, pp. 363-372.

⁵ KANG, X., HE, W., HUANG, Y., YU, Q., CHEN, Y., GAO, X., SUN, X., FAN, Y., «Introducing precise genetic modifications into human 3PN embryos by CRISPR/Cas-mediated genome editing», *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, No. 5, Vol. 33, May 2016, pp. 581-588.

⁶ Disponible en: <https://www.nature.com/news/uk-scientists-gain-licence-to-edit-genes-in-human-embryos-1.19270> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

han registrado los primeros ensayos clínicos *in vivo* sobre humanos adultos empleando esta técnica en China, mientras que en Estados Unidos y en Europa ya hay propuestas sobre la mesa⁷.

Como puede colegirse de lo descrito, la edición genética de embriones humanos no solo constituye una herramienta científica de poder aún desconocida, sino también una cuestión sumamente polémica, debido a las indudables consecuencias bioéticas, científicas, jurídicas y médicas que contiene. Tanto es así que cabe, incluso, hablar de posiciones claramente enfrentadas. Así, por ejemplo, hay quienes recomiendan fervientemente proceder a su aplicación clínica lo antes posible, considerando tales políticas una obligación moral⁸. Otros, como el Foro *Innovative Genomics Initiative (IGI)* sobre Bioética⁹ o algunos de los miembros del el Grupo Europeo de Ética de la Ciencias y las Nuevas Tecnologías (EGE)¹⁰ o del *International Bioethics Committee (IBC)* de la UNESCO¹¹, por el contrario, han insistido en la necesidad de posponer la edición genética en embriones humanos por cuanto supone una modificación de la línea germinal –y, por extensión, del genoma de la humanidad–, o dados los riesgos actuales para la salud de este tipo de ingeniería.

Este artículo tiene por objeto intervenir en este debate a través del análisis de una de las cuestiones más polémicas de las que habitualmente se suelen someter a debate, esto es, la aceptabilidad ética y jurídica de la modificación genética de embriones en el contexto de la atención sanitaria clínica, y siempre dentro del marco jurídico de la UE. Nuestro texto, por tanto, se centrará, en primer lugar, en responder a la pregunta de si es moralmente lícito aplicar la técnica *CRISPR/*

⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, C., «A Review of CRISPR-Cas9: How is the Gene Editing Tool Changing the World?». Disponible en: <https://labiotech.eu/crispr-cas9-review-gene-editing-tool> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

⁸ SAVULESCU, J., PUGH, J., DOUGLAS, T., GYNGELL, C., «The moral imperative to continue gene editing research on human embryos», *Protein & Cell*, Vol. 6, July 2015, pp. 476-479. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs13238-015-0184-y.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

⁹ BALTIMORE, D., BERG, P., BOTCHAN, M., CARROLL, D., ALTA CHARO, R., CHURCH, G., CORN, J. E., DALEY, G. Q., DOUDNA, J. A., FENNER, M., GREELY, H. T., JINEK, M., STEVEN MARTIN, G., PENHOET, E., PUCK, J., STEMBERG, S. H., WEISSMAN, J. S., YAMAMOTO, K. R., «A prudent path forward for genomic engineering and germ line gene modification», *Science*, Vol. 348, April 2015, pp. 36-38. Disponible en: http://arep.med.harvard.edu/pdf/Baltimore_Science-2015.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

¹⁰ EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, «Statement on Gene Editing», 2015. Disponible en: https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/gene_editing_ege_statement.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

¹¹ «The IBC (...) recommends a moratorium on genome editing of the human germline (...) the concerns about the safety of the procedure and its ethical implications are so far prevailing». International Bioethics Committee (IBC)/United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), *Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights*, 2nd October 2015, p. 28. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233258E.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

Cas9 sobre embriones o fetos tempranos aquejados de patologías de especial trascendencia como un instrumento terapéutico más. En segundo lugar, estudiaremos si una actuación de este tipo sería o no jurídicamente admisible en el ámbito de la Unión Europea y en el de los países firmantes del Convenio de Oviedo (en lo sucesivo, CO) en particular.

Con tal fin, recurriremos a la relativamente novedosa técnica de postular un caso imaginario, que describiremos cuidadosamente en el siguiente apartado. Este mecanismo está cuidadosamente ideado, de manera que sus circunstancias nos permitan entender mejor las consecuencias de los postulados de unas y otras corrientes, a la par que hacer más comprensible la discusión jurídica que, como veremos, en ocasiones resulta un tanto intrincada.

2. *FICTIO IURIS*: SUPUESTO PRÁCTICO DE EDICIÓN GENÉTICA EN UN EMBRIÓN HUMANO ENFERMO CON FINES TERAPÉUTICOS

Imaginemos que una mujer, Carolina, portadora de la enfermedad de Tay-Sachs, una enfermedad monogénica extremadamente grave que causa la muerte a quien la padece en la infancia temprana, quedara embarazada por un hombre que también fuera portador de la misma¹². Sentado lo anterior, la mujer se percata de este hecho al someterse, en el tercer mes –decimosegunda semana– de gestación, a una prueba que confirma que el *nasciturus* ha heredado la patología de sus progenitores. En tales circunstancias, es bien cierto que la regulación de la mayoría de los países de la UE le permitiría acogerse a un aborto¹³. Imaginemos no obstante que, Carolina, de fuertes creencias ideológicas, descarta libremente esta posibilidad, optando por seguir con su embarazo.

Pensemos, además, que ante esta terrible situación, un equipo médico le ofreciese la posibilidad de utilizar *CRISPR/Cas9* para alterar la expresión del gen enfermo y tener, tal vez, un hijo sano. Imaginemos también, que habiendo cumplido previamente con los requisitos del consentimiento informado tras el oportuno consejo genético y,

¹² Evidentemente, partimos del caso en el que ambos desconocen esta condición genética de sus cromosomas, a menos que se hubieran sometido a un diagnóstico preconcepcivo o preimplantatorio, en cuyo caso las implicaciones éticas y jurídicas podrían ser otras, dadas las numerosas posibilidades de que el feto (llamémosle Junio) contrajera esta enfermedad rara e incurable.

¹³ Por ejemplo, en el caso de España, antes de las veintidós semanas de gestación. Vid. *BOE* Núm. 55, de 4 de marzo de 2010, artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en: <https://www.BOE.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

en su caso, después de obtener el visto bueno del comité de ética clínica, Carolina se inclina por la posibilidad de que el *nasciturus* se beneficie de esta opción. Teniendo en cuenta todo lo precedente... ¿sería ético ejecutar esta opción? Más aún, ¿sería moralmente razonable no ejercerla? ¿Sería, en todo caso, legal hacerlo? Veamos los diversos prismas al respecto.

3. ARGUMENTOS ÉTICOS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN

Desde un punto de vista ético, no parece complejo entender que la situación que hemos descrito es claramente crítica. Lo es para el *nasciturus*, pero también para Carolina, que se ve en la cruel tesitura de abortar –que también engloba innegables tensiones éticas y psicológicas para la pareja y su entorno– o de ver nacer a su hijo con una enfermedad terrible y cuya esperanza de vida no supera, estadísticamente, los cinco años¹⁴. En tales circunstancias, mucho nos tememos que el recurso a los argumentos éticos que actualmente se citan para oponerse a la utilización de los sistemas *CRISPR/Cas9* en la práctica clínica resultarían poco convincentes para los afectados.

Así, por ejemplo, la objeción más habitual a la edición genética es la que apela al peligro inherente a los efectos secundarios de la terapia en el sujeto que se sometiera a ella¹⁵. Sin embargo, en las circunstancias del escenario descrito, estas consideraciones sobre el riesgo de la técnica parecen claramente irrelevantes, si tenemos en cuenta las alternativas. ¿Qué puede ser peor que padecer Tay-Sachs o ser directamente abortado? Y en cuanto a sus posibles descendientes, ¿no sería suficiente con invocar el argumento de la no identidad para dar por solventada la discusión? ¿O es que creemos que sus taras podrían ser tan graves como para desear no haber nacido? ¿Y esta mera sospecha sería suficiente para condenar al *nasciturus* a la muerte o el sufrimiento extremo? A nuestro juicio, es obvio que no.

¹⁴ JALAL, K., CARTER, R. L., «Mortality incidence estimation using federal death certificate and natality data with an application to Tay-Sachs disease», *Biometrical Journal*, No. 5, Vol. 57, September 2015, p. 895.

¹⁵ Así, denuncian que pueden surgir daños irreparables tanto en los pacientes como en sus descendientes, al quedar vinculada su línea germinal, pudiendo perpetuarse a través de su descendencia y provocar un cambio en el genoma humano. Véase: FRANKEL, M. S., «An empirical exploration of scientists' social responsibilities», *Journal of Responsible Innovation*, Vol. 2, November 2015, pp. 301-310. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23299460.2015.1096737?journalCode=tjri20> [Última consulta: 28 de marzo de 2018]; THOMPSON, C., «Governance, Regulation, and Control: Public Participation», *International Summit on Gene Editing. A global discussion. Commissioned papers*, December 2015, pp. 44-47. Disponible en: http://nationalacademies.org/cs/groups/pgasite/documents/webpage/pga_170455.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

No nos resultan tampoco atinentes a este caso las razones esgrimidas por quienes creen que el uso terapéutico de las técnicas de *CRISPR/Cas9* acabarían llevándonos a un mundo parecido al de *GATTACA*¹⁶ a través de la inevitable acción de una *pendiente resbaladiza*¹⁷. Y la razón de nuestro escepticismo sobre la solidez de esta objeción resulta fácil de explicar: por mucho que sus defensores opinen lo contrario, no creemos que la relación causal entre el uso de esta técnica en un caso como el de Carolina y la aparición de un mundo eugenésico sea tan fuerte, ni mucho menos, ni creemos que nadie haya conseguido demostrarlo convincentemente¹⁸. Al contrario, creemos que es perfectamente factible trazar líneas rígidas, sólidas fronteras para evitar ese efecto. Pero, de ser esto cierto, entonces será moralmente discuti-

¹⁶ Así, por ejemplo, nuestro admirado Vicente Bellver ha escrito que «Las intervenciones con una finalidad terapéutica serían buenas pero, como nos abren la vía a usos perversos y altamente peligrosos de estas biotecnologías, se opta por la prohibición total» (Véase: BELLVER CAPELLA, V., «La revolución de la edición genética mediante CRISPR-CAS9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta», *Cuadernos de Bioética*, Vol. 27, 2016, pp. 223-239. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2016/27/90/223.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018]). Véase también: JORDAN, A., O'RIORDAN, T., «The precautionary principle: a legal and policy history», Martuzzi, M., Tickner, J. A. (Eds.), *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, Ed. World Health Organization, Rome (Italy), 2004, pp. 31-48. Disponible en: http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0003/91173/E83079.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018]; LANPHIER, E., URNOF, F., HAECKER, S. E., WERNER, M., SMOLENSKI, J., «Don't edit the human germ line», *Nature*, Vol. 519, 2015, pp. 410-411. Disponible en: <https://www.nature.com/news/don-t-edit-the-human-germ-line-1.17111> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

¹⁷ Un argumento del tipo pendiente resbaladiza, en el caso de la edición genética, podría expresarse, siguiendo un formato clásico, de la siguiente manera: «si bien no hay nada éticamente incorrecto con la edición del gen de línea germinal en sí, si aprobamos una ley que lo hace permisible ahora, lenta y seguramente la sociedad se moverá hacia un punto en el que muchos querrán utilizarlo para fines no éticos, como la mejora o la eugenesia. Además, nos conduciría incluso a la división de las especies humanas en dos grupos diferentes, los seres humanos y los seres humanos mejorados, hecho casi universalmente considerado como moralmente inaceptable. Por lo tanto, debemos imponer una prohibición al uso de esta tecnología». DE MIGUEL BERIAIN, I., ARMAZA ARMAZA, E., «Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR-Cas9 a debate», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 52, 2018, pp. 179-200. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6555/5677> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

¹⁸ Y es que, como Burgess escribió adecuadamente, «desafortunadamente, los proveedores del Gran Argumento rara vez trabajan en un argumento detallado de la pendiente resbaladiza. Ellos se contentan con las fórmulas más exquisitas, dejando el trabajo detallado a sus oponentes: le hemos demostrado (esbozo) que podría suceder; ahora muéstrannos (en detalle) por qué no va a pasar. Pero esto es un fraude. La mera presentación de una pendiente no implica que la carga de la prueba está en quien aduce que el cambio propuesto no conducirá al desastre». BURGESS, J. A., «The great slippery-slope argument», *Journal of Medical Ethics*, No. 3, Vol. 19, September 1993, pp. 169-174. Disponible en: http://www.jstor.org/stable/27717309?seq=1#page_scan_tab_contents [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

ble privar al *nasciturus* de nuestro ejemplo de una posibilidad realista de curación sobre la base de consideraciones tan débiles.

Pensemos ahora en la apelación que a veces se hace a la inmoralidad inherente de toda modificación del genoma humano –tal y como sostiene la Declaración Universal sobre el Genoma Humano–, en cuanto que atentatoria contra la dignidad humana¹⁹. A nuestro juicio, esta primera objeción no sería sostenible en el caso de Carolina, por varios motivos. En primer lugar, porque, en un caso como el suyo, el cambio en los genes del *nasciturus* afectaría, por descontado, a su línea germinal, pero esto no implicaría en absoluto una modificación del genoma humano. Esto solo sucedería si introduyésemos algún cambio en nuestro reservorio génico. Pero cambiar la expresión patológica de un gen por su expresión saludable, que además es mucho más común, difícilmente podría calificarse como tal²⁰. Por tanto, una edición genética como la descrita –la sustitución de una expresión genética que causa la enfermedad de Tay-Sachs por otra no patológica– no supondría en realidad un cambio en el genoma humano, en cuanto que la inmensa mayoría de nosotros ya poseemos esa expresión saludable²¹. Esta, como ha señalado Morar, es, en fin, la razón por la cual «podría haber casos de mejora genética cuando esta prácti-

¹⁹ SKERRETT, P., «A debate: Should we edit the human germline?», *STAT*, November 2015. Disponible en: <https://www.statnews.com/2015/11/30/gene-editing-crispr-germline> [Última consulta: 28 de marzo de 2018]; HENNETTE-VAUCHEZ, S., «A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, January 2011, pp. 32-57. Disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/9/1/32/902316> [Última consulta: 28 de marzo de 2018]; ANDORNO, R., «The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law», *JIBL-Journal of International Biotechnology Law*, No. 4, Vol. 2, 2005, pp. 133-143.

²⁰ «(...) The functional correction of a small mutation in the embryo via HDR along with a short DNA template appears to be acceptable because this form of genetic modification can leave a wild-type gene, which is in a natural genetic state, and would fall outside of one of the ethical objections against germ line gene modification: transgression of the natural laws. The copying of a naturally occurring variant via HDR along with a short DNA template might be considered to be natural». ISHII, T., «Germ line genome editing in clinics: the approaches, objectives and global society», *Brief Funct Genomics*, Vol. 16, January 2017, pp. 49-50. Disponible en: <https://academic.oup.com/bfg/article/16/1/46/2962382> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

²¹ Esta sutil distinción ha sido muy bien dirigida por el bioeticista japonés Tetsuya Ishii, quien escribió que «la corrección funcional de una pequeña mutación en el embrión a través de HDR junto con una plantilla corta de ADN parece ser aceptable (...) y caería fuera de una de las objeciones éticas contra la modificación génica de la línea germinal: la transgresión de las leyes naturales. La copia de una variante natural a través de HDR junto con una plantilla de ADN podría considerarse natural». ISHII, T., «Germ line genome editing in clinics: the approaches, objectives and global society», *op. cit.*, pp. 46-56. Disponible en: <https://academic.oup.com/bfg/article/16/1/46/2962382> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

ca no alteraría la naturaleza humana y, como tal, no debería ser moralmente prohibida»²².

Es cierto, no obstante, que alguien podría contrarrestar nuestro argumento señalando que una intervención de este tipo podría en todo caso traer como consecuencia no deseada una variación del genoma del *nasciturus* que sí constituyera la creación de una nueva expresión genética en la especie humana, lo que tendría mucho de «jugar a ser Dios»²³. Esto, sin duda, tendría algo de cierto, porque es casi imposible evitar que surjan nuevas variaciones genéticas en nuestra especie, ya sea aplicando nuevas biotecnologías o, simplemente, perpetuando el mecanismo de reproducción natural, que propicia tales cambios. De ahí que tenga mucha razón John Harris cuando dice que intentar «congelar» la foto de nuestro ADN nos debería llevar a propugnar la reproducción mediante clonación, que es la única técnica que lo permite. Pero, en realidad, nadie defiende esta opción. Luego, algo ha de haber de incongruente en esta insistencia. Y, por supuesto, no podemos dejar de tener presente que esa posible variación sería, en todo caso, una posibilidad remota. Por esto mismo, esta clase de argumento resulta de difícil digestión para nuestra sensibilidad, ya que, al fin y al cabo, estaríamos contraponiendo aquí lo que constituiría un peligro abstracto con el bienestar de un ser humano en concreto. Respaldar un veto en el que se priorizarían los posibles intereses colectivos (de la humanidad) frente a los intereses individuales (del *nasciturus*), parece claramente contrario a la idea de dignidad humana individual y la necesidad de no utilizar a nadie como mero medio para un interés que no es suyo.

Cabría, por fin, que alguien replicase a nuestro argumento diciendo que lo mejor sería demorar la intervención hasta un momento posterior de la gestación o, incluso, al nacimiento, a fin de minimizar el riesgo de que la línea germinal se viera afectada, sin atentar por ello contra los intereses del *nasciturus*. Sin embargo, esta objeción estaría olvidando, de un lado, que ni siquiera en este caso podríamos excluir que la línea germinal se viera afectada y, de otro, que la modificación es más compleja cuanto más avanzado es el estado de desarrollo de una criatura, lo que incidiría en un mayor riesgo de efectos secundarios para el *nasciturus* o su descendencia. Además, no debemos olvidar la mayor eficacia de la edición genética embrionaria frente a la postnatal, en buena medida, a causa de la impresionante plasticidad

²² MORAR, N., «An Empirically Informed Critique of HABERMAS' Argument from Human Nature», *Science and Engineering Ethics*, Vol. 21, February 2015, pp. 95-113. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11948-013-9509-5> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

²³ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, «Genome editing: an ethical review», September 2016. Disponible en: <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Genome-editing-an-ethical-review.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

fetal²⁴. Por eso mismo, no parece que sea lo suficientemente solvente como para negarse a ejercer la opción planteada a Carolina.

Teniendo presente todo lo dicho, no encontramos razones sólidas por las que oponerse al uso de las técnicas de modificación genética en un caso como el expuesto. Más bien al contrario, a nuestro juicio la adopción de tal alternativa no solo sería razonable, sino incluso claramente aconsejable desde un punto de vista ético²⁵. En este sentido, podría incluso irse un paso más allá, dando cabida a la idea de la obligación o «razón moral significativa» de los padres de agotar todas las posibilidades con arreglo al principio de beneficencia procreativa²⁶, lo que en la práctica supondría la aceptación de una obligación de optar por esta solución alternativa. Ahora bien, ¿qué diría al respecto el marco jurídico europeo al que nos queremos referir? ¿Permitiría una opción de este tipo, siquiera estirando las interpretaciones posibles de su articulado o, por el contrario, vetaría cualquier posibilidad de ponerla en práctica? A responder a estas preguntas irán destinados los siguientes apartados de este trabajo.

4. MARCO LEGAL APLICABLE AL CASO PLANTEADO: LA SITUACIÓN EN LA UE

Entrando pues a analizar la respuesta jurídica a las cuestiones planteadas en el ámbito de la UE, hay que empezar por reseñar un hecho sin duda poco alentador: las alusiones a la edición genética, particularmente al principio de la vida humana, son todavía residuales. Así, encontramos como única mención a este respecto la prohibición de cualquier forma de eugenesia incluida en el artículo 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²⁷. Sin embargo, en el caso que hemos planteado, esta alusión normativa no parece en absoluto aplicable, salvo que entendamos que una intervención con finalidad clara-

²⁴ FOHT, B. P., «Gene Editing: New Technology, Old Moral Questions», *The New Atlantis*, No. 48, Winter 2016, p. 11. Disponible en: <https://www.thenewatlantis.com/publications/gene-editing-new-technology-old-moral-questions> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

²⁵ ISASI, R., KNOPPERS, B. M., «Oversight of human inheritable genome modification», *Nature Biotechnology*, No. 5, Vol. 33, May 2015, pp. 454-455. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/nbt.3231> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

²⁶ Vid. SAVULESCU, J., KAHANE, G., «The moral obligation to create children with the best chance of the best life», *Bioethics*, No. 5, Vol. 23, 2009, pp. 274-279. Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8519.2008.00687.x/full> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

²⁷ Que dice literalmente lo siguiente: «2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas, etc».

mente terapéutica podría acabar derivando inevitablemente en una forma de eugenesia. Pero este es el tipo de argumento de pendiente resbaladiza que hemos descartado ya en el apartado anterior.

A la mención anterior habría que unir dos referencias a la cuestión provenientes de normativas sectoriales. De un lado, la que efectúa la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas²⁸. En su virtud, no será patentable la modificación genética en línea germinal de los seres humanos, incluyendo en tal acepción a aquellos embriones con capacidad para desarrollarse por sí mismos, esto es, sin la ayuda externa de tecnologías convergentes. Dado, sin embargo, que en nuestro ejemplo no se habla en absoluto de patentabilidad, dejaremos esta cláusula de lado, por el momento, si bien advirtiendo que mucho de lo que diremos a continuación le sería aplicable, especialmente lo que se refiere al concepto de identidad.

Hay otra referencia normativa, no obstante, que, compartiendo el espíritu de la anterior, resulta más pertinente para el caso que nos ocupa. Hablamos, en concreto, del veto a los ensayos clínicos que afecten a la línea germinal embrionaria que establece el mandato del Reglamento (UE) No. 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano²⁹. En este caso, hay que referirse a su artículo 90 que señala que: «(...) No podrán realizarse ensayos clínicos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad genética germinal del sujeto».

A primera vista, este artículo se enfoca de lleno en la cuestión que ahora nos ocupa. Así, es posible pensar que, dado que la intervención prevista alterará la línea germinal del *nasciturus*, comprometiendo su identidad, esta se encuentra prohibida por un Reglamento europeo. Sin embargo, un análisis más sosegado de la norma hace que sea algo

²⁸ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 213/13, de 30 de julio de 1998, artículo 6: «1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: (...) b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano; (...)». Disponible en: <https://www.BOE.es/doue/1998/213/L00013-00021.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

²⁹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 158/1, de 27 de mayo de 2014, disponible en: <https://www.BOE.es/doue/2014/158/L00001-00076.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

más complejo llegar a esta conclusión. Así, es preciso subrayar que el artículo no veta cualquier modificación en la línea germinal, sino solo aquellas que afectan a la identidad del sujeto. Ahora bien, en el caso del *nasciturus* de nuestro ejemplo, ¿tendríamos que considerar que una alteración genética como la descrita perjudica su identidad?

Esta pregunta es, por descontado, muy difícil de responder, porque implicaría, antes que nada, definir en qué consiste la identidad de un sujeto y qué puede o no cambiarla. Hablar de identidad es, de por sí, tan complejo que escapa al marco del presente texto. Baste ahora, por el momento, con señalar un argumento suficiente como para dudar de que la cláusula que nos ocupa quiera impedir que Carolina pueda solicitar el tratamiento citado. Este es el siguiente: aun cuando la identidad sea un valor a proteger, resulta extraordinariamente complejo pensar que esta protección deba extenderse a los cambios de identidad patológicos. O bien se considera que estos cambios no afectan a la identidad de un sujeto (lo que resulta difícil de creer en casos como, por ejemplo, el desarrollo del mal de *Alzheimer*), o bien concluimos que hay que interpretar el artículo en el sentido de que lo que se intenta proteger es una identidad saludable. Pero, de ser esto así, entonces nuestro *nasciturus* bien podría ser modificado: por mucho que el uso de *CRISPR/Cas9* modifique su genoma y altere su identidad, tal cambio afectará a una patología susceptible de causar su muerte. Pensar que la protección de la identidad debe llevar al extremo de impedir un tratamiento capaz de salvar su vida o aliviar su sufrimiento es, a nuestro juicio, demencial. De ahí que pensemos que lo dispuesto en el Reglamento que comentamos sea de muy difícil aplicación práctica, al menos cuando se trate de intervenciones claramente destinadas a tratar una patología.

El resultado final de nuestra discusión sobre la situación jurídica de la edición genética en la UE debe, por tanto, dejar claro que no parece que haya motivos por los que pensar en una prohibición general de esta técnica. Ahora bien, como ya hemos anticipado, ninguno de estos documentos es base suficiente para construir una posición común en torno a este tema en la UE. De ahí que sea más razonable hablar de una ausencia de políticas comunes, lo que ha contribuido a generar una situación de marcada indefinición, dejando tras de sí, en ocasiones, un peligroso vacío legal que atenta contra nuestra seguridad jurídica.

En cualquier caso, se puede encontrar un cierto paliativo a esta coyuntura en la existencia de una referencia explícita a las intervenciones para la modificación del genoma humano en el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Convenio Europeo de Bioética o CO), de 4 de abril de 1997. Este documento, elaborado por el Consejo de Europa, fue firmado y ratificado por la mayoría de los paí-

ses de la UE, incluyendo a España³⁰ (aunque con algunas excepciones relevantes, como Alemania, Bélgica y Reino Unido), lo que convierte a su articulado en jurídicamente vinculante para muchos de sus miembros y en un marco de incuestionable valor y de plena vigencia. Por eso mismo, será objeto de nuestro análisis en el siguiente apartado.

5. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO PROPUESTO: EL CONVENIO DE OVIEDO

La piedra angular de la regulación de la edición genética en el CO se sitúa en su artículo 13, que señala que «únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y solo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia». De esta redacción cabe colegir, en opinión de muchos autores³¹, que la decisión de intentar corregir la patología del *nasciturus* de nuestro ejemplo mediante el uso de *CRISPR/Cas9* resultaría rotundamente contraria a Derecho, por muy razonable que fuera su uso desde un punto de vista moral. La razón es muy simple: esta cláusula prohíbe cualquier intervención destinada a modificar el genoma humano de la descendencia, aun cuando se realice por causas terapéuticas. Y es obvio que una edición genética mediante *CRISPR/Cas9* supone un riesgo evidente de cambiar radicalmente el genoma del feto, dada su temprana etapa de formación. Por tanto, parece lógico, a primera vista, llegar a una conclusión de este tipo.

Sin embargo, hay a nuestro juicio toda una serie de razones sólidas por las que dudar de que la conclusión final a la que hemos de llegar

³⁰ BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, artículo 13 del Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Disponible en: https://www.BOE.es/diario_BOE/txt.php?id=BOE-A-1999-20638 [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

³¹ Así, por ejemplo, Bellver ha escrito: «El CDHB prohíbe las intervenciones genéticas en la línea germinal humana» (Véase: BELLVER CAPELLA, V., «Los diez primeros años del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: Reflexiones y valoración», *Cuadernos de Bioética*, Núm. 67, Vol. 19, septiembrediciembre 2008, p. 408. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2008/19/3/67/401.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018]). En el mismo sentido, Andorno ha escrito que «el artículo 13 del Convenio veta las intervenciones sobre la línea germinal y limita el uso de la terapia génica somática a fines preventivos, diagnósticos y terapéuticos» (ANDORNO, R., «The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law», *op. cit.*, p. 140). Véase también, RAPOSO VERA, L., «The convention of human rights and biomedicine revisited: Critical assessment», *The International Journal of Human Rights*, Vol. 20, July 2016. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13642987.2016.1207628> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

sea necesariamente esta. Así, y antes que nada, hay que subrayar el hecho de que el artículo 13, a pesar de que parece pensado para las manipulaciones efectuadas sobre embriones humanos, no se refiere literalmente a estas entidades en ningún momento³². Esto en nuestra opinión deja la duda de si la intención de la norma era, precisamente, extender la prohibición de la modificación de la descendencia a los embriones humanos o si, por el contrario, no lo era. Para resolverla, resulta esclarecedor atenerse a lo dicho en el Informe Explicativo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (en adelante, IE), que parece no querer incluirlos en absoluto dentro del ámbito de aplicación del artículo, lo que permite sostener que, tal vez, no se pensaba en ellos, sino en los gametos humanos cuando se decidió recomendar una prohibición como la que ahora existe³³.

Más allá aún, cabe añadir que, aunque pensáramos que, efectivamente, el artículo quería incluir a los embriones humanos en su ámbito de protección, su dicción seguiría mostrando al menos tres cuestiones dudosas que deben ser convenientemente estudiadas para valorar si la normativa permite realizar una interpretación que avale la argumentación moral que hemos expuesto: primero, cuál es el alcance exacto del «tener por finalidad» que se menciona como condición necesaria para la ilicitud de la conducta; segundo, a qué se refiere la expresión «la descendencia» o, si se quiere, a la descendencia de quién se refiere el artículo (en el caso citado, a la de Carolina X y su pareja, o a la del *nasciturus*); y, tercero, si lo que la norma prohíbe es literalmente modificar la línea germinal o, únicamente, el genoma de la descendencia.

Sobre el primer criterio, parece sobreentenderse que lo que el Convenio trata de evitar es un cambio en el genoma deliberadamente buscado. Solo así se entiende que el punto 92 de su Informe Explicativo diga que «El artículo no prohíbe las intervenciones de tipo somático que podrían tener efectos secundarios no deseados en la línea germi-

³² DE MIGUEL BERIAIN, I., LAZCOZ MORATINOS, G., «El Convenio de Oviedo, veinte años después de su firma. Algunas sugerencias de enmienda», *Revista Quaestio Iuris*, fevreiro 2018. Disponible en: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/31729/23320> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

³³ Punto 91 del Informe Explicativo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: «Se prohíben las intervenciones que traten de introducir cualquier modificación en el genoma de los descendientes. Así pues, no se permiten en particular la modificación de espermatozoides u óvulos para la fecundación. La investigación médica dirigida a introducir modificaciones en los espermatozoides u óvulos no destinados a la fecundación sólo se permitirá *in vitro* y con la aprobación de la correspondiente institución ética o legal». Disponible en: http://www.chospab.es/comite_etica/documentos/DOCUMENTOS_INTERNACIONALES/Informe_Explicativo_Convenio_Oviedo.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018]. Nótese que se mencionan los gametos, pero no los embriones humanos, lo que difícilmente puede beberse a un olvido o confusión.

nal. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de ciertos tratamientos de cáncer por radio o quimioterapia, que pueden afectar al sistema reproductor de la persona que se somete al tratamiento». Esta salvedad resulta razonable, porque, de lo contrario, se estaría impidiendo a los pacientes el libre acceso a los medicamentos o a las terapias que les permitieran producir resultados clínicos y, en el mejor de los casos, curar sus respectivas patologías, priorizando los intereses de una descendencia futura de la que, además, no habría noticia en caso de que se produjera el fatal desenlace³⁴. La cuestión que cabe discutir aquí, no obstante, es si en un caso como el que hemos expuesto hay que entender que se produce una alteración voluntaria del genoma de un ser humano porque la intervención necesita de ese efecto o si cabe pensar que el fin de la misma es curar una patología y ese cambio es solo un medio necesario, tolerado, pero no querido. Obviamente, resolver esta incógnita no es sencillo.

En segunda instancia, el artículo no concreta si se refiere a la descendencia del que solicita la modificación (Carolina) o a la del sujeto-objeto de la misma (el *nasciturus*). De hallarnos en el primer caso, la norma podría dar lugar a curiosas paradojas. Así, por ejemplo, imaginemos que un progenitor acude con su hija, discapacitada, de unos cincuenta años, sobre la que posee la representación legal, pidiendo que se le practique una modificación genética para afrontar una patología concreta. Si en tales circunstancias interpretamos que la norma se refiere a la descendencia de quien pide la intervención, es obvio que esta no podría llevarse a cabo porque, de lo contrario, se estaría, desde luego, alterando el genoma de su descendencia. Pero esto es, a nuestro juicio, del todo absurdo. En consecuencia, no queda otra posibilidad que pensar que la norma se refiere a la descendencia del sujeto que es objeto de la técnica. Pero, de ser así, es más que dudoso que la modificación del genoma del *nasciturus* de nuestro ejemplo esté dentro de los casos prohibidos por la norma, porque lo que se busca con la intervención no es, en ningún caso, cambiar el genoma de su descendencia, sino el suyo propio. Lo que, según la interpretación que estamos avalando, no está prohibido por la norma.

Vayamos ahora, en tercer lugar, a ocuparnos de la tercera de las cuestiones dudosas que enunciábamos arriba. Como ya hemos dicho, el artículo 13 habla literalmente de modificar el genoma de la descendencia. Esto, sin duda, nos obliga a tener presente algo que a menudo olvidamos: que la línea germinal y el genoma de la descendencia no son conceptos equivalentes; de hecho, se puede modificar la línea germinal sin cambiar el genoma de la descendencia. Para eso basta, sencillamente, con no llegar a tener descendencia. Lo fundamental, en

³⁴ SAVULESCU, J., PUGH, J., DOUGLAS, T., GYNGELL, C., «The moral imperative to continue gene editing research on human embryos», *op. cit.* Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs13238-015-0184-y.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

todo caso, es que tanto el CO como su IE citan expresamente la prohibición de introducir cualquier modificación en el genoma de la descendencia, sin referirse, en ningún caso, a la línea germinal, lo que, en nuestra opinión, y de acuerdo con el Código Civil español, deja claro cuál debe ser el sentido interpretativo de la norma³⁵. Pero si esto es así, resulta que también es sumamente complejo pensar que el artículo 13 del CO veta la opción deseada por Carolina, ya que, aunque evidentemente sí se produce un cambio en la línea germinal del *nasciturus*, esta no afecta a su descendencia, entre otras cosas porque esta no existe. Es un futurible que puede que no llegue a materializarse y que, desde luego, no se materializará si no se le proporciona la terapia de la que discutimos ahora.

Teniendo presente lo anteriormente dicho, creemos necesario concluir que en el caso de embriones o fetos humanos existe una colisión de bienes jurídicos –por un lado, el derecho a la vida o a la salud; y, por otro, la preservación del genoma humano y el derecho a la identidad genética–. A primera vista, corresponde al legislador calibrarlos, sopesando la aceptabilidad de los riesgos y optando por aquel que, en cada caso concreto, merezca una mayor protección.

Esta, parece a todas luces, fue la intención de los redactores del CO. De hecho, el Convenio contempló y no excluyó esta posibilidad, y no lo hizo, precisamente, porque le resultó aceptable cuando estuviera estrechamente ligado a una mejora de la salud. Por lo tanto, de su redacción se desprende que se permiten las intervenciones impulsadas con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos siempre que no se intente *ex profeso* introducir modificaciones en el genoma de los descendientes³⁶. Trasladándolo al caso ficticio, y aunque el *status* jurídico es diferente en el caso de un embrión³⁷, parece defendible que el derecho a la vida humana y a la salud individual del *nasciturus* tiene primacía sobre el resto de los intereses presentes, por lo que los riesgos de *CRISPR/Cas9* serían admisibles aun cuando, a la luz del artículo 13, condicionara su descendencia futura, haciendo plausible la intervención terapéutica para la reparación de su expresión genética deletérea.

³⁵ *Vid.*, en este sentido, los artículos 3, 675 o 1281 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *BOE* núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: <http://www.BOE.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

³⁶ Este es el caso de algunas legislaciones europeas, como la de Francia, Australia y España. FRANKEL, M. S., CHAPMAN, A. R., «Facing Inheritable Genetic Modifications», *Science*, Vol. 292, May 2001, p. 1303. Disponible en: <http://science.sciencemag.org/content/suppl/2001/05/18/292.5520.1303>. DC1 [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

³⁷ *Vid.* *BOE* núm. 119, de 18 de mayo de 1985, sobre el reconocimiento de derechos subjetivos (y no objetivos) de los seres vivos concebidos no nacidos. Recurso previo de inconstitucionalidad Núm. 80/1983. Sentencia Núm. 53/1985, de 11 de abril. Disponible en: https://www.BOE.es/diario_BOE/txt.php?id=BOE-T-1985-9096 [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

Con todo, es obvio que la interpretación que acabamos de proponer es solo una entre varias posibles, lo que sin duda genera cierta incertidumbre jurídica, de la que es posible hallar ejemplos fehacientes³⁸. En esta situación, creemos necesario emprender iniciativas que sean capaces de reducir este serio problema. Esta voluntad puede desprenderse del espíritu de su redacción original, toda vez que el propio Grupo de Trabajo que redactó el artículo 13 ya anticipó la conveniencia de revisar algunos de sus fundamentos si el estado de la técnica alcanzaba un mayor progreso³⁹, consciente de que el paso del tiempo podía hacer variar o dejar obsoletas algunas de sus previsiones legales. Dado que esto es así, y a la luz de estas observaciones, el CO podría –a través del cauce administrativo recogido en la legislación interna de cada Estado miembro signatario– dar respuesta a otros casos de enfermedades graves, incluso todavía sin diagnosticar, modificando convenientemente su articulado. Esto evitaría la posibilidad de provocar una huida de los afectados hacia otras leyes aparentemente más progresistas, como la belga⁴⁰, a la que muchas familias no tendrían más remedio que acudir en busca de cobijo legal. De esta manera, el CO armonizaría y conciliaría la necesidad de continuar con la necesaria actividad investigadora sobre la edición del genoma humano con la protección que este último requiere. Lo que, a fin de cuentas, no parece lejano al espíritu de este documento.

³⁸ Un buen ejemplo de la confusión reinante es que el Comité de Bioética del Consejo de Europa (DH-BIO) produjo una declaración sobre las técnicas de edición genética (Firmada en Estrasburgo, el 2 de diciembre, con referencia 2015 DH-BIO/INF (2015) 13). Disponible en: <https://rm.coe.int/168049034a>. [Última consulta: 28 de marzo de 2018]. En ella no se mencionaba en ningún punto al embrión humano. Y, sin embargo, la nota de prensa publicada en la página del Consejo decía que «The article 13 in the convention limits the purposes of any intervention on the human genome, including in the field of research, to prevention, diagnosis or therapy. In addition, it prohibits any gene modification of embryos that would be passed on to future generations».

³⁹ «It nevertheless agreed unanimously to specify that the provision would need to be reviewed within a certain time (e.g. five years after the entry into force of the Convention) having regard to the current progress in knowledge (...) A representative of the European Community Working Group on Human Embryo and Foetus Protection, agreed that while it was reasonable in the present state of scientific knowledge to prevent all intervention on the reproductive cells, it was nevertheless expedient to insert a revision clause so that technical advances could be taken into account». COUNCIL OF EUROPE, «Convention on the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS núm. 164). Preparatory Work on the Convention», *Steering Committee on Bioethics (CDBI)*, CDBI/INF (2000) 1 Provisional, 28th June 2000, pp. 64-66. Disponible en: <https://rm.coe.int/16804586b6> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

⁴⁰ *Vid.*, en este sentido, los comentarios del Dr. Guido PENNINGNS en el Encuentro sobre Edición Genética Humana, celebrada en París el 29 de abril de 2016. Disponible en: <https://ipscell.com/2016/05/meeting-report-from-april-29th-paris-human-gene-edit-meeting/> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

6. CONSIDERACIONES FINALES

La curación de enfermedades graves, destacando entre ellas las neurodegenerativas y oncológicas, junto con la reparación de defectos genéticos de toda índole, se ha convertido no solo en un ansiado y renovado reto, sino en un objetivo de alcance real. A esta reveladora perspectiva auspiciada por *CRISPR/Cas9* cabría añadir las tecnologías sobre la patentabilidad de células madre embrionarias (*hESCs*) y las de biología sintética, combinaciones todas ellas que auguran prometedoras alternativas terapéuticas junto con un mayor conocimiento de las enfermedades y mejoras manifiestas en el área médico-farmacológica.

A través del escenario de referencia, se ha introducido la posibilidad de aplicar unas de estas técnicas –*CRISPR/Cas9*– en un embrión humano con Tay-Sachs, de acuerdo con su viabilidad ética y legal, y comparando las diferentes líneas argumentales utilizadas por sus defensores. Por cuanto antecede, parece indiscutible que, éticamente, sería aceptable llevar a cabo la intervención. Pero es que, desde un punto de vista jurídico, tampoco parece que existan obstáculos insalvables en el ámbito europeo para proceder en este sentido. Así lo atestigua el análisis de la normativa de la UE realizado, pero también nuestro estudio del CO. Y es que, siguiendo una interpretación abierta y no exclusivamente purista de la definición dada en su artículo 13, podría ser aceptable –o, cuanto menos, podría haber la suficiente base legal como para poder plantear su modificación–. A lo anterior hay que sumar la voluntad de renovación que, en el momento de su redacción, ya dejó entrever el legislador, así como el tiempo transcurrido desde entonces, haciendo conveniente reorientar el sentido de alguno de sus textos a las necesidades presentes y futuras que ya se vislumbran.

Debemos, por tanto, llegar a una somera conclusión: dado que la normativa común en realidad lo hace posible, es necesario proceder a una interpretación más abierta de la edición genética, porque los gobernantes no deben ignorar las demandas de sus ciudadanos. Y es que, según un reciente estudio⁴¹, tres de cada cuatro personas (75%) se muestran partidarias a la edición genética con fines terapéuticos en adultos, descendiendo ligeramente estos apoyos, por cuanto aquí interesa, en el caso de la terapia prenatal y, por ende, en embriones (60%). Este elevado porcentaje es digno, al menos, de ser considerado y

⁴¹ GASKELL, G., BARD, I., ALLANS DOTTIR, A., VIEIRA DA CUNHA, R., EDUARD, P. / HAMPEL, J., HILDT, E., HOFMAIER, C., KRONBERGER, N., LAURSEN, S., MEIJKNECHT, A., NORDAL, S., QUINTANILHA, A., REVUELTA, G., SALADIÉ, N., SANDOR, J., BORLIDO SANTOS, J., SEYRINGER, S., SINGH, L., SOMSEN, H., TOONDERS, W., TORGENSEN, H., TORRE, V., VARJU, M., ZWART, H., «Public views on gene editing and its uses», *Nature Biotechnology*, No. 35, November 2017, pp. 1021-1023. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/nbt.3958> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

debatido públicamente por todos los estratos sociales, en busca de los consensos más integradores posibles, permitiendo llevar a cabo una modificación legislativa que integre el uso igualitario de las técnicas más vanguardistas en supuestos de gravedad para la vida humana como el tratado en este artículo.

Se trata, en suma, de optar por una normativa que permita modificar la línea germinal, subrayando, así, la primacía de los principios de dignidad, equidad, identidad, precaución, proporcionalidad y responsabilidad sobre lo que a fin de cuentas parece un exceso de celo en la defensa de lo indefendible. Sea como fuere, parece claro que, hasta que la técnica no arroje plenas garantías en su aplicabilidad, no están dispuestos a comprometer la salud humana –y mucho menos la de generaciones de seres humanos aún no nacidos– a riesgos innecesarios⁴². Pero para garantizar eso, no es necesario vetar la edición genética como tal, sino, simplemente, reforzar la garantía de los ensayos clínicos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANDORNO, R., «The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law», *JIBL-Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 2, February 2005.
- BALTIMORE, D., BERG, P., BOTCHAN, M., CARROLL, D., ALTA CHARO, R., CHURCH, G., CORN, J. E., DALEY, G. Q., DOUDNA, J. A., FENNER, M., GREELY, H. T., JINEK, M., STEVEN MARTIN, G., PENHOET, E., PUCK, J., STEMBERG, S. H., WEISSMAN, J. S., YAMAMOTO, K. R., «A prudent path forward for genomic engineering and germ line gene modification», *Science*, Vol. 348, April 2015. Disponible en: http://arep.med.harvard.edu/pdf/Baltimore_Science-2015.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- BELLVER CAPELLA, V., «Los diez primeros años del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: Reflexiones y valoración», *Cuadernos de Bioética*, Núm. 67, Vol. 19, septiembre-diciembre 2008. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2008/19/3/67/401.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- «La revolución de la edición genética mediante CRISPR-CAS9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta», *Cuadernos de Bioética*, Vol. 27, 2016. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2016/27/90/223.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- BURGESS, J. A., «The great slippery-slope argument», *Journal of Medical Ethics*, No. 3, Vol. 19, September 1993, pp. 169–174. Disponible en: http://www.jstor.org/stable/27717309?seq=1#page_scan_tab_contents [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

⁴² FRANKEL, M. S., «An empirical exploration of scientists' social responsibilities», *op. cit.* Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23299460.2015.1096737?journalCode=tjri20> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

- COUNCIL OF EUROPE, «Convention on the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS N.º 164). Preparatory Work on the Convention», *Steering Committee on Bioethics (CDBI)*, CDBI/INF (2000) 1Provisional, 28th June 2000. Disponible en: <https://rm.coe.int/16804586b6> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- DE MIGUEL BERIAIN, I., ARMAZA ARMAZA, E., «Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR-Cas9 a debate», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 52, 2018. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6555/5677> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- DE MIGUEL BERIAIN, I., LAZCOZ MORATINOS, G., «El Convenio de Oviedo, veinte años después de su firma. Algunas sugerencias de enmienda», *Revista Quaestio Iuris*, fevereiro 2018. Disponible en: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/31729/23320> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, «Statement on Gene Editing», 2015. Disponible en: https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/gene_editing_ege_statement.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- FOHT, B. P., «Gene Editing: New Technology, Old Moral Questions», *The New Atlantis*, No. 48, Winter 2016. Disponible en: <https://www.thenewatlantis.com/publications/gene-editing-new-technology-old-moral-questions> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- FRANKEL, M. S., CHAPMAN, A. R., «Facing Inheritable Genetic Modifications», *Science*, Vol. 292, May 2001. Disponible en: <http://science.sciencemag.org/content/suppl/2001/05/18/292.5520.1303>. DC1 [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- «An empirical exploration of scientists' social responsibilities», *Journal of Responsible Innovation*, Vol. 2, November 2015. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23299460.2015.1096737?journalCode=tjri20> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- GASKELL, G., BARD, I., ALLANSDOTTIR, A., VIEIRA DA CUNHA, R., EDUARD, P., HAMPEL, J., HILDT, E., HOFMAIER, C., KRONBERGER, N., LAURSEN, S., MEIJKNECHT, A., NORDAL, S., QUINTANILHA, A., REVUELTA, G., SALADIÉ, N., SANDOR, J., BORLIDO SANTOS, J., SEYRINGER, S., SINGH, L., SOMSEN, H., TOONDERS, W., TORGENSEN, H., TORRE, V., VARJU, M., ZWART, H., «Public views on gene editing and its uses», *Nature Biotechnology*, No. 35, November 2017. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/nbt.3958> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- HENNETTE-VAUCHEZ, S., «A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, January 2011. Disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/9/1/32/902316> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- INTERNATIONAL BIOETHICS COMMITTEE (IBC)/UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO), «Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights», 2nd October 2015. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233258E.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

- ISASI, R., KNOPPERS, B. M., «Oversight of human inheritable genome modification», *Nature Biotechnology*, No. 5, Vol. 33, May 2015. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/nbt.3231> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- ISHII, T., «Germ line genome editing in clinics: the approaches, objectives and global society», *Brief Funct Genomics*, Vol. 16, January 2017. Disponible en: <https://academic.oup.com/bfg/article/16/1/46/2962382> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- JALAL, K., CARTER, R. L., «Mortality incidence estimation using federal death certificate and natality data with an application to Tay-Sachs disease», *Biometrical Journal*, No. 5, Vol. 57, September 2015.
- JINEK, M., CHYLINSKI, K., FONFARA, I., HAUER, M., DOUDNA, J. A., CHARPENTIER, E., «A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity», *Science*, Vol. 337, August 2012.
- JORDAN, A., O'RIORDAN, T., «The precautionary principle: a legal and policy history», Martuzzi, M., Tickner, J. A. (Eds.), *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, Ed. World Health Organization, Rome (Italy), 2004. Disponible en: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/91173/E83079.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- KANG, X., HE, W., HUANG, Y., YU, Q., CHEN, Y., GAO, X., SUN, X., FAN, Y., «Introducing precise genetic modifications into human 3PN embryos by CRISPR/Cas-mediated genome editing», *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, No. 5, Vol. 33, May 2016.
- LACADENA, J.-R., «Genética y Humanismo. Edición genómica: ciencia y ética», *Revista Iberoamericana de Bioética*, núm. 3, 2017.
- LANPHIER, E., URNOF, F., HAECKER, S. E., WERNER, M., SMOLENSKI, J., «Don't edit the human germ line», *Nature*, Vol. 519, 2015. Disponible en: <https://www.nature.com/news/don-t-edit-the-human-germ-line-1.17111> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- LIANG, P., XU, Y., ZHANG, X., DING, C., HUANG, R., ZHANG, Z., LV, J., XIE, X., CHEN, Y., YUJING, L., SUN, Y., BAI, Y., SONGYANG, Z., MA, W., ZHOU, C., HUANG, J., «CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes», *Protein & Cell*, No. 5, Vol. 6, May 2015.
- MOJICA, F. J. M., JUEZ, G., RODRÍGUEZ-VALERA, F., «Transcription at different salinities of *Haloflex mediterranei* sequences adjacent to partially modified PstI sites», *Molecular Microbiology*, No. 3, Vol. 9, August 1993.
- MORAR, N., «An Empirically Informed Critique of Habermas' Argument from Human Nature», *Science and Engineering Ethics*, Vol. 21, February 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11948-013-9509-5> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, «Genome editing: an ethical review», September 2016. Disponible en: <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Genome-editing-an-ethical-review.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- RAPOSO VERA, L., «The convention of human rights and biomedicine revisited: Critical assessment», *The International Journal of Human Rights*, Vol. 20, July 2016. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13642987.2016.1207628> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, C., «A Review of CRISPR-Cas9: How is the Gene Editing Tool Changing the World?». Disponible en: <https://labiotech.eu/crispr-cas9-review-gene-editing-tool> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

- SAVULESCU, J., KAHANE, G., «The moral obligation to create children with the best chance of the best life», *Bioethics*, No. 5, Vol. 23, 2009. Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8519.2008.00687.x/full> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- SAVULESCU, J., PUGH, J., DOUGLAS, T., GYNGELL, C., «The moral imperative to continue gene editing research on human embryos», *Protein & Cell*, Vol. 6, July 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs13238-015-0184-y.pdf> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- SKERRETT, P., «A debate: Should we edit the human germline?», *STAT*, November 2015. Disponible en: <https://www.statnews.com/2015/11/30/gene-editing-crispr-germline> [Última consulta: 28 de marzo de 2018].
- THOMPSON, C., «Governance, Regulation, and Control: Public Participation», *International Summit on Gene Editing. A global discussion. Commissioned papers*, December 2015. Disponible en: http://nationalacademies.org/cs/groups/pgasite/documents/webpage/pga_170455.pdf [Última consulta: 28 de marzo de 2018].

La (a)simetría de género en el concepto de violencia.
Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004
tras el Convenio de Estambul

*Gender (a)symmetry in the concept of violence.
Proposing a legal reform of the Organic Act 1/2004
after the Istanbul Convention*

Por VÍCTOR MERINO-SANCHO
Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN

La discusión acerca de la simetría o asimetría de género en la comisión de la violencia doméstica surgida tras ciertos estudios criminológicos parecía no ser relevante en el ordenamiento jurídico español, en el que se opta por una definición de la violencia que tiene en cuenta el género. Por otra parte, en el Convenio de Estambul se equiparan las razones de género a la afectación desproporcionada contra las mujeres, criterio cuantitativo que recuerda al paradigma de la simetría. En este trabajo se analizan los trabajos preparatorios del Convenio de Estambul a efectos de poner de manifiesto que su marco conceptual parece asumir dicho paradigma, para sopesar si, conscientes de la conveniencia de ampliar la consideración de violencia a otros actos, se debe rechazar esta equiparación en una conveniente reforma de la ley española.

Palabras clave: *simetría de género, asimetría de género, violencia de género, violencia doméstica, Convención de Estambul, Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*

ABSTRACT

The discussion regarding the gender symmetry and asymmetry in the commission of domestic violence, raised by some criminological studies, seemed not to have affected the Spanish legal systems, where a gender-based definition of violence was established. Besides that, in the Istanbul Convention gender grounds are considered in the same way as the disproportionate impact of some acts of violence on women. If so, this quantitative element reminds the symmetry paradigm. In this paper, preparatory works of the Istanbul Convention are examined to show how this conceptual framework assumes this paradigm, and to assess if, being aware that the Spanish legislator should broaden the concept of violence to other acts of gender-based violence, the former comparison should be rejected in an expected reform of the Spanish act.

Keywords: gender symmetry, gender asymmetry, gender-based violence, domestic violence, Istanbul Convention, Act on Integral Protection Measures against Gender Violence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA SIMETRÍA DE GÉNERO EN LA VIOLENCIA INTERPERSONAL.—3. LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE LA UE Y DEL CONSEJO DE EUROPA: EL CONVENIO DE ESTAMBUL. 3.1 *El frágil marco normativo de la Unión Europea.* 3.2 *Evolución en la configuración del concepto de violencia en las reuniones preparatorias y documentos preparatorios.* 3.3 *El Convenio de Estambul.*—4. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.—5. DATOS CUANTITATIVOS EN UN ORDENAMIENTO CON UN MODELO ASIMÉTRICO DE GÉNERO DE LA VIOLENCIA.—6. NOTAS CONCLUSIVAS.—BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. GENDER SYMMETRY IN IPV.—3. THE REGULATION OF THE EU AND THE COUNCIL OF EUROPE: THE ISTANBUL CONVENTION. 3.1 *The fragile normative framework of the European Union.* 3.2 *Evolution in the configuration of the concept of violence in the preparatory meetings and the preparatory works.* 3.3 *The Istanbul Convention.*—4. THE CONCEPT OF GENDER VIOLENCE IN THE SPANISH LEGAL FRAMEWORK.—5. QUANTITATIVE DATA IN LEGAL FRAMEWORK WITH AN ASYMMETRIC MODEL OF VIOLENCE.—6. CONCLUSIVE REMARKS.—BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN

La definición de la violencia de género ha sido un reto para los legisladores en todos los niveles: regional, nacional e internacional (Dobash & Dobash: 2005, 332). A nivel jurídico, cuando se ha debatido y promovido una regulación para combatir esta violencia, ha habido dos aspectos sobre los que ha pivotado la discusión: en primer lugar, el ámbito objetivo al que se alude con la locución «violencia de género». Esto es, cuáles son los actos que engloba y cómo influye, en su caso, el género de los sujetos que intervienen en cada acto violento. En segundo lugar, el aspecto más problemático o que mayores dificultades plantea para ser integrado explícitamente en el ordenamiento jurídico: el género. Es decir, no hay acuerdo sobre cuáles son los posibles caracteres que singularizan una violencia así y cuáles son las medidas jurídicas con las que se puede combatir. En particular se sigue discutiendo hoy si el género es la causa última, el único factor o dimensión de esta violencia, o incluso si puede apreciarse en la comisión efectiva de la misma; reticencias que la doctrina general plantea a un elemento clave en la lucha contra la violencia (Barrère: 2008; Añón: 2016).

En la actualidad, la entrada en vigor del Convenio del Consejo de Europa *sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*, conocido como el Convenio de Estambul (11 de mayo de 2011) ha coincidido con un momento en el que se plantea la posible reforma de la Ley Orgánica 1/2004 (28/12/2004), *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (en adelante LOVG). Concretamente uno de los elementos que parece que será modificado es el concepto de violencia de género previsto en la ley. A este respecto, el Convenio incluye un listado de actos susceptibles de ser considerados violencia más extenso que el del ordenamiento jurídico español. Ahora bien, el texto europeo parece incorporar un concepto de violencia cercano al que sostienen quienes defienden el paradigma de la simetría de género, que también se ha invocado como criterio para rechazar el modelo de género, como explico más adelante. Se dispone en él que la violencia contra las mujeres basada en el género es aquella que se produce contra ellas por su género y también porque se ejerce contra ellas con mayor frecuencia o de forma desproporcionada. En mi opinión, este criterio de prevalencia es el que mayores problemas plantea por cuanto pone en entredicho el carácter singular de la violencia de género.

En este trabajo se revisa la discusión acerca de la simetría o asimetría de género que se discute en relación con la violencia en la pareja, para valorar si el legislador español debe modificar su concepto tras la entrada en vigor del Convenio asumiendo o no el criterio cuantitativo que este sostiene. Dicho criterio se sustenta sobre un paradigma de simetría de género, como muestran las discusiones habidas en los tra-

bajos preparatorios aquí ampliamente analizados, y si se asumiese podría producirse un retroceso en la lucha contra la violencia de género. Finalmente, trataremos de enfatizar que es posible modificar el concepto actual de la LOVG, ampliándolo para garantizar protección jurídica a víctimas de actos de violencia de género –de acuerdo con un modelo asimétrico, que en ningún caso niega que exista violencia doméstica, ni desprotege a sus víctimas. A pesar de ello, seguirá siendo posible cuantificar y obtener datos cuantitativos acerca de una mayor prevalencia de violencia en la pareja y de género contra las mujeres (Kimmel: 2006, 69). En definitiva, el argumentario aquí sostenido pretende reforzar la protección efectiva de los derechos de las víctimas de violencia de género, entendida esta última en sentido amplio. Veremos, pues, que hablar de simetría de género ha servido para enfatizar que el objeto de discusión es la violencia doméstica. En cambio, si aludimos a la violencia de género se destaca la asimetría, lo que no es incompatible, como trato de sostener, con una regulación diferente a la de la violencia doméstica.

Sin perjuicio de volver con detalle más adelante sobre esto, conviene señalar que en este trabajo se opta por una definición de violencia de género en la que el género es la dimensión o variable que permite individualizar una violencia específica no porque el agresor o la víctima tengan un género determinado, sino porque dicha violencia se origina, causa o inscribe en un contexto basado en relaciones, identidades y estructuras de género patriarcales o discriminatorias (Barrère: 2008; Añón: 2016). En otras palabras, existe una serie de actos violentos en la que podemos identificar un *continuum* que se caracteriza por inscribirse en una situación en la que la intención de perpetuar o mantener la opresión y subdiscriminación por razón género (siempre junto a otras causas y otros factores de riesgo [Medina: 2002]), promueve dicho acto y carácter violento (Kelly: 1988). En cualquier caso, la noción de género no implica que todos los sujetos ocupen posiciones de subordinación, ni mucho menos las mismas, ni que se haga frente a idénticas consecuencias por tener uno u otro. El género no puede entenderse tampoco de forma unívoca ni homogénea, especialmente porque siempre se cruza con otras variables o dimensiones sociales, como pueden ser la raza, etnia, clase social, orientación sexual, etc. (Merino: 2017).

2. LA SIMETRÍA DE GÉNERO EN LA VIOLENCIA INTERPERSONAL

La discusión acerca de la simetría de género en la comisión de la violencia doméstica o interpersonal reitera algunas de las cuestiones que surgieron cuando se trató de dar unas primeras respuestas jurídicas al fenómeno violento que se ejercía frecuentemente contra las

mujeres (Westmarland: 2015, 225). Estas cuestiones son la concreción de la violencia, bien por el ámbito en el que se produce o bien por el género de los sujetos que intervienen en este tipo de violencia. Asimismo, y según cuáles sean los factores que determinen dichos actos, el problema siguiente es si existe la posibilidad de medir, mesurar y traducir en datos estadísticos o cuantitativos esta violencia.

La simetría de género en la violencia es un paradigma que se construye y sostiene a partir del análisis de datos cuantitativos y los esfuerzos para mesurar con ellos la prevalencia en la comisión de la violencia interpersonal. Por ejemplo, cuando la violencia se cuantifica o traduce en indicadores numéricos mediante la recolección de datos estadísticos o encuestas sobre la percepción y la experiencia de la violencia. De hecho, las encuestas sobre esta violencia han sido claves para fortalecer el paradigma de la simetría y el discurso de quienes rechazan que el género sea un elemento clave en la determinación y comisión de la misma. La simetría se sostiene porque en las respuestas dadas a las encuestas se constata que las mujeres ejercen violencia frente a sus parejas en índices iguales o superiores a la ejercida por varones, quienes a su vez se consideran víctimas en índices y proporciones similares a las mujeres (Archer: 2000 y Desmarais *et alia*: 2012). De ello que este niegue que sea posible un modelo asimétrico en el que la violencia se singularice por razones de género. Es decir, para los partidarios del paradigma simétrico no es posible sostener que esta sea una violencia que afecte con mayor prevalencia a las mujeres en tanto que los datos demuestran lo contrario, ni que el género sea una dimensión a tener en cuenta (Archer: 2000; Johnson: 2006).

En relación con la capacidad explicativa de los datos y los métodos cuantitativos de recogida, cabe señalar que cada encuesta previamente ha sido diseñada conforme a un concepto de violencia interpersonal o doméstica, teniendo en cuenta o no las nociones de género. Conviene reiterar que la violencia en relaciones íntimas de pareja (conocida por su acrónimo en inglés IPV de *Intimate Partner Violence*) es el objeto de estudio o el fenómeno violento que ha condicionado el debate y sobre el que se construyen o afirman los paradigmas de simetría o asimetría de género. Es en relación con este tipo de violencia que las encuestas recogen datos sobre el recurso a la misma y la (auto)percepción como víctima, así como cualquier otro factor que sea relevante. También constituye el fenómeno sobre el que los estudios criminológicos clásicos dudan acerca de la posible incidencia del género en el mismo. En un primer momento, las investigaciones criminológicas no atienden al género como dimensión, ni perspectiva, ni dimensión relevante (Walby & Towers: 2017, 12). De forma paralela a la evolución de los estudios de género en la sociología y demás ciencias sociales, surgen algunas corrientes criminológicas que revierten esta tendencia e instauran una/s criminología/s crítica/s feminista/s afirmando el valor epistemológico y político del género (Medina: 2002, Larrauri: 2007).

No obstante este cambio en la epistemología, comienza entonces la discusión acerca de la concreción en la relevancia e influencia del género en la comisión efectiva de la violencia, especialmente cuando la metodología de carácter cuantitativo parece resistir a este nuevo paradigma. No es posible cuantificar datos o realizar comparaciones si no existe un criterio de comparación (Archer: 2000). Finalmente, con el triunfo de las corrientes críticas, y mediante el análisis detallado de la metodología de las encuestas y su interpretación se afirma que: i) el género no puede identificarse como el sexo de la víctima (Johnson: 2015). Es decir, cabe ahora determinar o explicar cómo el género, las relaciones y/o las estructuras basadas en el mismo, influyen o concretan la violencia más allá de la identidad sexual y de género de víctima y agresor; y ii) la violencia no es neutra al género, sino que está «saturada» del mismo (Walby *et alia*: 2017). Por ambos motivos cabe entonces buscar elementos que permitan identificar qué supuestos de violencia en la pareja o interpersonal se han confundido o son también supuestos de violencia de género (Walby & Towers: 2017: 12).

A mi parecer, reside aquí el elemento central de la discusión. Es posible afirmar que la violencia en la pareja o interpersonal en relaciones íntimas (IPV) es una violencia específica que se caracteriza por la relación de afectividad que existe o ha existido entre quienes se comete el acto violento (Merino: 2012). En cambio existe una violencia basada en el género en la que concurren otros elementos que la singularizan. Me refiero a la violencia que se define en los instrumentos internacionales, como la Declaración para la eliminación de la violencia contra las mujeres (contenida en la Resolución 48/104 de la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993) o en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (de 15 de septiembre de 1995), como violencia de género y qué es

«todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.»

En definitiva, el criterio definitorio de los actos violentos se deduce de la rúbrica «basados en la pertenencia al sexo femenino», aunque deba entenderse según el marco de las relaciones de desigualdad históricamente desiguales entre mujeres y hombres, referidas en el preámbulo de la Declaración, así como en la Declaración de Beijing. Es decir, del tenor literal de ambos documentos se desprende que la violencia contra las mujeres es aquella que se ejerce contra mujeres pero no por el hecho de que la víctima tenga este género, sino porque se trata de una violencia de carácter estructural que emana de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los género (Maqueda: 2005, Lorenzo: 2005 y 2008, Barrère: 2008, Añón: 2016...). Asimis-

mo, en Beijing se profundiza en los aspectos estructurales del género, al acentuar que es origen (social y cultural) de la situación de discriminación, que a su vez es consecuencia o resultado del significado concreto que en un contexto se ha dado al género (Añón: 2013). Es decir, el género es una dimensión que cuando se construye a partir de nociones patriarcales sitúa a un género en una posición de discriminación, pero esta misma capacidad para situar en posición de discriminación a unos sujetos frente a otros persiste porque esta misma noción/idea de género distribuye o ejerce el poder. Es causa y consecuencia.

De acuerdo con los presupuestos anteriores, la violencia interpersonal se define entonces como la violencia ocurrida en el seno de relaciones de afectividad, mientras que la de género se inscribe en razones o motivos de género. De ser así, debe sugerirse que el primer tipo no se debe reducir a los actos violentos ocurridos en relaciones heterosexuales ni heteronormativas. Entonces, la definición de violencia basada en el género requiere explicar o justificar de forma adecuada cómo el género la concreta o singulariza. Con mayor razón cuando una de las críticas al modelo de violencia de género que se solapa con la violencia contra las mujeres es la identificación del género con el sexo o modelo sexuado de agresor/hombre y víctima/mujer (Coll-Planas *et alia*: 2008, 195). Como decía con anterioridad, no puede restringirse el género como causa de la violencia y entenderse únicamente y de forma rígida como sexualización de agresor y víctima, porque este modelo reitera procesos de victimización de las mujeres al negar su capacidad de agencia y de ser sujetos que también ejercen violencia (Maqueda: 2005). Es decir, si se perpetúa el modelo sexuado las mujeres serían consideradas siempre víctimas porque se naturaliza la relación entre ser mujer y ser víctima de violencia. En cambio el género debe entenderse de un modo dinámico por tener este origen estructural y sistémico.

Volviendo a las encuestas y métodos de recogida de datos, una justificación similar se ha dado en relación con un modelo asimétrico del género en la violencia en la pareja cuando esta se circunscribe a la violencia de género. Reitero que puede haber supuestos que de forma coincidente puedan ser considerados actos de violencia en la pareja y actos de violencia de género. Esto sucederá cuando la primera se produzca por razones de género. Si se sostiene que las relaciones de género responden preeminentemente (pero nunca solamente) a un sistema sexo/género de carácter patriarcal, entonces se puede afirmar que se ejerce preeminentemente contra mujeres. El sistema sexo/género otorga significados culturales y sociales, valores, espacios y tiempos a las identidades de género (Bodelón: 2008), y el carácter patriarcal determina que quienes ostentan la posición de subordinación y/o subdiscriminación son las mujeres (Barrère y Morondo: 2005). Cuando no estemos ante un supuesto así, el género no es un elemento relevante.

Este carácter dinámico del género, así como la incapacidad para separarlo del resto de variables sociales sobre las que conformamos nuestras identidades, requiere que en el caso de las encuestas sea necesario determinar qué se entiende por violencia y cuáles son los actos sobre los que se pregunta. Sobre todo con objeto de interpretar de forma correcta las preguntas y los significados, y recoger información y datos de forma adecuada. Así, se han identificado tres modelos posibles de definición de violencia en la pareja sobre los que se han confeccionado algunas encuestas. Entre otras, la doctrina ha analizado ampliamente la encuesta europea del FRA¹ que se dirigió exclusivamente a mujeres y se refería a supuestos de violencia que no coincidían con ningún ordenamiento jurídico-penal (Walby & Towers: 2017: 20). En cambio, la encuesta sobre delitos realizada por las autoridades de Reino Unido para Inglaterra y Gales sí incluyó una dimensión de género, al menos porque preguntó a hombres y mujeres y distinguía actos violentos distintos (Walby & Towers: 2017: 22). No obstante, también se han señalado algunos déficits, como es el caso de no publicar los datos desglosados (*Ibid.*).

Los tres modelos de acuerdo con Walby & Towers (2017) son:

1. Invisibilidad del género: es el modelo propio de las encuestas dirigidas a toda la población en las que no hay ninguna referencia al género, ni este es considerado relevante para interpretar los datos.

2. Sexualización de agresor y víctima: en este modelo, se recogen estadísticas solamente a partir de las experiencias de las mujeres. Se encuentra en las encuestas dirigidas de forma exclusiva a mujeres. Si bien puede corregir el déficit relativo a la ausencia del género en el modelo anterior, tiene un efecto parecido porque no permite comparar sus datos con aquellos relativos a la violencia ejercida por las mujeres o contra los hombres.

3. Modelo basado en el género: de acuerdo con Walby y Towers (2017: 13), se trata del *gender mainstreaming* promovido en las acciones y medidas de la Unión Europea y el Consejo de Europa. En concreto, hace referencia a mecanismos como las encuestas y estadísticas oficiales que pueden ser desglosadas por género y que permiten apreciar las tendencias, cambios y orientaciones al respecto de la materia abordada por parte de todos los géneros.

A mi parecer, conviene insistir en la relevancia del género para hacer inteligible aquello sobre lo que se quiere obtener información. Es decir, no solo es relevante afirmar que el género determina la experiencia de la violencia, sino que además los destinatarios de las metodologías de recogida de datos (como las encuestas) deben poder reco-

¹ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA): *Violence against women: an EU-wide survey*. <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (última consulta: 29 de marzo de 2018).

nocer los criterios, significados y umbrales de reconocimiento para identificar los actos como violentos. Es decir, conviene que los destinatarios y quienes elaboran la encuesta coincidan en qué se entiende como violencia y/o carácter violento porque solo así se puede identificar, verbalizar y cuantificar la violencia en la pareja o de género mediante las encuestas. Por ejemplo, el caso de las insinuaciones, los denominados «piropos», o la intensidad o forma en la que se insta a una persona a mantener relaciones sexuales varía según el género.

A diferencia de lo anterior, si se recogen datos relativos a la incoación de procedimientos judiciales o sentencias emitidas es más sencillo determinar el contenido de lo que se considera violencia de género porque esto significa que se ha previsto como delito y sus elementos quedan claros. En estos casos simplemente debe comprobarse que los actos sobre los que se recaba información contienen los elementos o exigencias de su tipificación penal. Sin embargo, si en la encuesta se opta por un modelo de género se debe asumir que esta violencia no es un problema individual, ni de carácter excepcional, sino que hemos construido nuestras relaciones sobre unas determinadas estructuras desiguales y que generan discriminación, lo que puede englobar distintos actos de violencia (Coll-Planas *et alia*: 2008, 197). Esto no debe impedir la medida de la prevalencia de la violencia, pero es la razón de la dificultad o insuficiencia, por no decir imposibilidad, de confiar solamente en el sistema jurídico-penal para erradicarla.

De lo anterior se desprende que es relevante el consenso o la igual consideración de quien pregunta y quien responde acerca del tipo de violencia sobre el que se recoge información para realizar un adecuado estudio de este fenómeno. Con mayor razón cuando las encuestas dirigidas a hombres y mujeres sobre violencia interpersonal no distinguen o contextualizan la violencia, al menos en relación con el género. En este sentido, cuando no hay una coincidencia exacta entre la violencia sobre la que se pregunta y la que se tipifica en el ordenamiento, no se suele distinguir tampoco entre la que se ejerce con una finalidad determinada (como puede ser mantener el control u opresión) y la violencia reactiva. Esta violencia reactiva es aquella que tiene lugar a consecuencia de un acto violento anterior. En palabras de Johnson, se trata de una violencia situacional en la que una primera persona agrede y la segunda recurre a la violencia en un contexto conflictivo (Johnson: 2006). Y aludo a ella porque es un ejemplo claro de violencia que puede producirse en una relación interpersonal y que de coincidir con casos de violencia de género, debe ser valorada de forma distinta. De hecho, si no atendemos al género no hay ninguna diferenciación; en cambio si es resultado de una agresión previa por razón de género puede ser distinta en tanto que se utiliza a modo de respuesta a una agresión previa. En cualquier caso, es cierto que afirmar la violencia de género presupone considerar que existe una victimización mayor que, de momento, significa una mayor prevalencia de su ejercicio contra mujeres. Esto último no significa que se desproteja a las

víctimas de violencia interpersonal en la pareja o violencia doméstica que no responda a motivos de género. Generalmente la protección o el castigo frente a la violencia doméstica se ha incorporado a buena parte de los ordenamientos de tradición jurídica similar a la nuestra, incluso cuando también existe un delito de violencia de género (Freixes y Román: 2015).

En estas coordenadas, en la mayoría de estudios contrarios a la simetría de género, la crítica central suele dirigirse a la metodología empleada por la recogida de datos y las encuestas (Johnson 2006: 78 y sig.; Walby *et alia*: 2017; Walby & Towers: 2017). Me refiero a la denominada Escala de Tácticas de Conflictividad, conocida por su acrónimo en inglés CTS (*Conflict Tactics Scale*), utilizada por los sociólogos y quienes realizan las encuestas sobre percepción de la violencia con objeto de medir su ocurrencia, así como los elementos concernientes a un acto violento. Estos últimos son: quién lo ejerce, contra quién, en qué dirección, así como un largo etcétera sobre las circunstancias de su comisión. Este modelo o parámetro ha servido para afirmar una prevalencia similar entre mujeres y hombres como agresores o sujetos activos de la violencia, así como en su consideración de víctimas. Este mismo sistema o metodología ha sido utilizada en las encuestas dirigidas exclusivamente a mujeres, pero en este caso los datos aparecían necesariamente con un sesgo de género, que es la razón por la que se rechazan.

El uso de la metodología CTS suele ser aceptado por quienes consideran que las encuestas deben dirigirse a hombres y mujeres, porque permiten incluir una visión más general y no «sesgada» de la violencia (Archer: 2000). En este caso se amplía el espectro de actos que se consideran violencia más allá de la violencia física y, por ejemplo, de la conducta tipificada como violencia doméstica en los ordenamientos. Este modelo pensado para la protección frente a la violencia interpersonal, no obstante, es ampliamente criticado por quienes rechazan la simetría de género. La razón principal en contra de esta metodología es que es insuficiente para determinar el contexto en el que se produce la violencia, así como los caracteres de un posible entorno violento o situaciones conflictuales permanentes. Es decir, cuando un solo acto de violencia no explica la relación de conflicto entre agresor y víctima, paradigma de violencia interpersonal o en la pareja por razón de género (Johnson, 2006: 79). En otras palabras, no permite distinguir la violencia expresiva de la instrumental, ni tampoco tiene en cuenta que es posible tener una distinta percepción de los actos violentos según nuestra identidad de género (Johnson 2006: 84). A mi parecer, este argumento último es determinante para vindicar un modelo de género que incluya experiencias violentas en relaciones homosexuales, aunque se trate de una cuestión que merece una reflexión con mayor profundidad.

Entre los estudios que entienden el género como un elemento constitutivo de la violencia, destacan las aportaciones de Walby a la defini-

ción y medida de la violencia contra las mujeres (Walby *et alia*: 2017). Walby insiste en separar ambos tipos de violencia, al menos porque su comisión efectiva o performatividad, así como la percepción que de la misma se tiene, depende de estructuras de género. Esta forma de concebir el género como constructo social del que depende la percepción de la violencia nos aproxima al tercer modelo de prohibición de la violencia, que rechaza la simetría y entiende insuficiente esta metodología CTS. En un sentido similar, Dobash & Dobash (2005:331) señalan que la definición de la violencia debe basarse en los actos que la conforman pero no puede obviar el contexto. Así, si bien es cierto que, aunque sea por motivos de lógica jurídico-formal, el derecho suele configurar marcos definitorios y conceptuales basados casi de forma exclusiva en la comisión del acto, sigue siendo conveniente que se incorpore a la tipificación penal la complejidad, los rasgos o los contextos del fenómeno violento. Con mayor razón, si se quiere erradicar esta violencia y para proponer medidas que tiendan a combatirla. No obstante, esto no puede conducir a modelos basados en la sexualización de agresor y víctima por lo que decíamos antes.

3. LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE LA UE Y DEL CONSEJO DE EUROPA: EL CONVENIO DE ESTAMBUL

3.1 El frágil marco normativo de la Unión Europea

En el seno de la Unión Europea, han sido escasas las normas que han incluido un marco conceptual o definitorio de la violencia de género. Sin embargo, a pesar de no haber aprobado ningún texto jurídico vinculante en el ámbito de la violencia de género, la UE ha desarrollado diversas iniciativas para combatirla. En este sentido, dichas iniciativas se han vinculado a políticas comunitarias (mercado laboral, sanidad...), y a ciertos principios y derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (respeto a la dignidad humana, derecho a la integridad física o psíquica, o la prohibición de la tortura, o de los tratos inhumanos o degradantes). Asimismo esta tendencia se ha observado en el ámbito de la lucha contra todo tipo de discriminación por razón de sexo en el mercado laboral y la consecuente regulación del acoso sexual o acoso en el trabajo (Román y Oliveras: 2014).

De hecho, las primeras acciones contra la violencia de género fueron campañas de sensibilización y la adopción de programas de ayuda y apoyo a determinadas organizaciones en la lucha contra esta violencia. Estas medidas progresivamente se ampliaron a iniciativas del Consejo, programas de acción de la Comisión y una intensa actividad del Parlamento Europeo, de la que destaca la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, *sobre las prioridades y líneas genera-*

les del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209(INI). Según esta resolución: i) la UE opta por una definición amplia de violencia de género cercana a la de los instrumentos internacionales, y aspira a que vincule a todos los poderes públicos; ii) se promueve una tipología amplia de violencia, entre la que se incluye sus manifestaciones en la publicidad, la pornografía, la independencia económica, participación en la vida política, o el acoso psicológico a madres y embarazadas, y; iii) se insta a los Estados miembros a adecuar sus legislaciones y políticas con el propósito de combatir toda forma de violencia contra la mujer y mejorar la protección de las víctimas. No obstante, no es posible afirmar una profusa actividad legislativa vinculante por parte de la UE, lo que probablemente sea debido a la reserva de la competencia legislativa penal por parte de los Estados miembros en la distribución competencial de la Unión.

En cambio, sí ha habido una evolución normativa vinculante para los Estados en relación con la protección de las víctimas de violencia y sus derechos. Así, las aportaciones normativas más interesantes han sido aquellas que permiten garantizar los derechos de las víctimas así como su libertad de circulación por el territorio de la Unión Europea, sin que el ejercicio de esta libertad conlleve la restricción o disminución del nivel de protección del que gozan en su país de origen (Román y Oliveras: 2014, 115 y sig.). El conjunto de normas a este respecto se conforma de la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *sobre la Orden Europea de Protección, en el ámbito de cooperación judicial en materia penal*; la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*; y el Reglamento número 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, *relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil*.

Aunque ninguna de las tres normas anteriores se dirige de forma específica a las víctimas de violencia de género, todas establecen un nexo directo con este tipo de agresiones, recurriendo a las resoluciones del Parlamento Europeo que instan a la Unión y a los Estados miembros a tomar medidas efectivas para combatir todo tipo de violencia contra las mujeres y a tomar las medidas necesarias para proteger a las víctimas (Considerando 4 de la Directiva 2011/99/UE). A pesar de que la Directiva 2011/99/UE no contempla una definición explícita de violencia, la Directiva 2012/29/UE, que sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, sí la prevé en el párrafo 17 de su Preámbulo:

La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la

agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos relacionados con el honor». Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia.

Cuando la violencia se comete en una relación personal, la comete una persona que es o ha sido cónyuge o compañera de la víctima, o bien otro familiar de la víctima, tanto si el infractor comparte, o ha compartido, el mismo hogar con la víctima, o no. Dicha violencia puede consistir en violencia física, sexual, psicológica o económica, y puede causar lesiones corporales, daños psíquicos o emocionales, o perjuicios económicos. La violencia en las relaciones personales constituye un grave problema social, a menudo oculto, que puede causar traumas psicológicos y físicos sistemáticos de graves consecuencias, debido al hecho de que es cometida por una persona en la que la víctima debería poder confiar. Por lo tanto, las víctimas de violencia en relaciones personales pueden necesitar medidas de protección especiales. Las mujeres se ven afectadas por esta violencia en grado desproporcionado, y la situación puede agravarse aún más cuando la mujer depende del infractor en lo económico, lo social o para su derecho a la residencia.

Como puede verse, sin que se mencione ningún sexo de forma expresa, de dicho concepto se deduce que en el caso de una discriminación estructural hacia uno de los géneros, será este (el género discriminado) el que identifique la violencia de género. A este criterio se añade un segundo de orden cuantitativo, según el cual cuando la violencia se cometa de modo desproporcionado contra un determinado género también se considerará que se ejerce este mismo tipo de violencia. De ello se deduce que en estos instrumentos también se equipara el criterio cuantitativo o fenomenológico al carácter estructural de la desigualdad. Es decir, es posible asumir una simetría de género a pesar de que se trata de criterios contrarios entre sí.

En el párrafo siguiente se define la violencia intrafamiliar y en la pareja como un tipo de violencia distinta de la anterior, pero que en ocasiones guarda relación con ella. Recordamos que ya los instrumentos internacionales sostienen un concepto de violencia que se caracteriza por el género del sujeto contra el que se ejerce y no por el ámbito en el que se produce. Es por ello que cuando la violencia de género se ejerce en el ámbito familiar o en una relación de afectividad cabe reiterar que, al menos conceptualmente, se trata de distintos tipos de violencia. Como he señalado antes, esto significa que hay coincidencia entre ambos fenómenos violentos. Es decir, no es posible afirmar una mayor prevalencia de la violencia intrafamiliar por razones de género, sino que cuando así sea estos actos pueden ser explicados por la dis-

criminación estructural que afecta a las relaciones inter géneros en el ámbito familiar o en la pareja. Por ello, insisto, no toda violencia en la familia se admite como violencia contra las mujeres, ni la violencia de género se reduce a la violencia en la familia o en las relaciones de pareja.

No obstante esta evolución, y seguramente debido a la dificultad de homogeneizar los órdenes penales de los Estados miembros, ni el legislador europeo ni los ordenamientos estatales han intentado promover un único marco, o acercar al menos sus marcos jurídicos en esta materia. Por ello del análisis de la normativa de cada Estado se infiere una diversidad de conceptos o nociones, de la que dependen a su vez los ámbitos de protección sustantivos y subjetivos (Freixes y Román, 2015). Es decir, según el concepto de violencia que se prevea en cada ordenamiento, este proveerá distintos grados de protección para según qué actos, prohibiendo en la mayoría de ocasiones la violencia en la pareja (IPV) y en menos ocasiones la violencia de género. También hemos señalado ya que según la definición o los elementos requeridos serán unos u otros actos de violencia a los se extiende la protección, así como el tipo de medidas, servicios o recursos de los que dispone la víctima, en la mayoría de ocasiones especializados, o el papel de los cuerpos y fuerzas de seguridad de un Estado. No obstante, estos textos no aportan cambios significativos en relación con la definición de la violencia de género, puesto que aunque aludan a este tipo de violencia en su preámbulo, sus previsiones se refieren a diferentes tipos de víctimas.

3.2 Evolución en la configuración del concepto de violencia en las reuniones preparatorias y documentos preparatorios

En la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, se anuncian los objetivos estratégicos y las acciones que deben llevarse a cabo para superar los obstáculos para el desarrollo y la promoción de las mujeres. Retomando los compromisos internacionales previstos en ella, a escala europea, el 11 de mayo de 2011 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprueba en Estambul el Convenio *sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*, mencionado con anterioridad.

Se trata del instrumento jurídico más relevante en la lucha contra la violencia de género en el ámbito europeo, con una definición acorde a los documentos y textos internacionales del sistema de Naciones Unidas. Antes de profundizar en el marco conceptual que dispone, conviene resaltar su naturaleza convencional, disponiendo obligaciones para los estados que la ratifican, así como su debatida y esperada ratificación por parte de la Unión Europea, realizada el pasado 17 de junio de 2017. En primer lugar, a diferencia de los anteriores textos mencionados, como la DEVAW o la Plataforma de acción de Beijing,

así como del resto de documentos que han servido para ir dotando de contenido las iniciativas que se han desarrollado en la lucha contra la violencia, este documento tiene naturaleza convencional. Es decir, con la firma del Convenio los estados asumen obligaciones internacionales. En segundo lugar, cabe reiterar las consecuencias de la firma de este texto por parte de la Unión Europea el pasado 13 de junio de 2017. Aunque es pronto todavía, esta firma por parte de la UE puede significar una mayor iniciativa legislativa y política por parte de las instituciones de la Unión.

En relación con la materia que nos ocupa, el Comité *ad hoc* sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido por su acrónimo en inglés CAHVIO), adscrito a la Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, ha publicado los documentos de trabajo previos al texto final del convenio en los que se encuentra la información relativa al marco definitorio de la violencia. Es interesante exponer aquí la evolución conceptual para determinar la concepción sostenida, sus rasgos definitorios, así como identificar los parámetros que permiten saber si es posible afirmar un modelo simétrico o asimétrico de género en la violencia. Asimismo, esto nos permitirá valorar si el marco actual del ordenamiento español es acorde o requiere ser modificado tras la firma y ratificación del convenio por parte de España y en qué sentido. Como se detalla a continuación, el Comité debate también cuestiones relativas a la distinción entre violencia doméstica, violencia contra las mujeres y violencia de género, aportando un interesante argumentario y razonamiento acerca de las implicaciones de adoptar un u otro concepto.

En los Elementos para la discusión publicados en 2009 [*Elements for discussion* – Marzo 2009, CAHVIO(2009)3], a ser tratados en su primera y sucesivas reuniones, el Comité ya sugiere cuestiones relativas al marco conceptual que son discutidas en sesiones posteriores. Así, en el apartado dedicado al propósito de la aprobación de este texto y sus definiciones, se suscita que la violencia doméstica debe ser el concepto sobre el que diseñar dicho instrumento. Sin embargo, no queda tan claro que este sea el único ámbito al que se dirijan las medidas cuando a continuación alude a «formas específicas de violencia contra las mujeres». Comienza entonces a distinguirse entre dos fenómenos –violencia doméstica y violencia de género– que requieren ser tratados de forma conjunta o similar, por las conexiones que existe entre ambos, y también diferenciándolos en cuanto sea necesario, puesto que existen «otras formas de violencia contra las mujeres» (párrafo A3) fuera del ámbito doméstico. Se afirma entonces que existe un contenido común a ambos, a la vez que cada uno tiene un contenido autónomo.

Estas cuestiones siguen en el apartado IV. Si bien se incluye una definición amplia de cada una de las formas de violencia, destaca la referencia a la dimensión de género. Cuando se alude a la violencia

doméstica, el Comité reconoce que este tipo de violencia se dirige contra mujeres y hombres en relaciones heterosexuales y homosexuales, pero que efectivamente se produce en mayor medida, de forma desproporcional señala, contra mujeres y niñas. Si bien esto significa que se opta por un criterio cuantitativo para caracterizar la violencia, a continuación se señala que es causa y consecuencia de la desigualdad entre hombres y mujeres (párrafo 43), y por ello se vincula a las relaciones históricamente desiguales por razón de género (párrafo 45). Es entonces cuando se sostiene el carácter estructural de la violencia contra las mujeres, siendo esta misma un carácter común a otras formas de violencia de tipo sexual o acoso. Cuestión distinta, pero que también se incluye en este primer documento, es el diferente impacto que la violencia puede tener según contra quien se ejerza por razón de los roles y significados sociales que se dé a ser mujer y hombre (párrafo 47). Aspecto que nos debe recordar a las críticas que se dirigen a los cuestionarios que no distinguen entre sus destinatarios o que son neutrales a las cuestiones y dimensiones de género.

Ahora bien, cuando se introduce el género como dimensión relevante de la violencia, el Comité alude a formas violentas específicas que identifica como actos a los que exclusivamente se enfrentan las mujeres. Es el caso de la mutilación genital femenina, explícitamente diferenciada de la circuncisión masculina, o algunos tipos de violencia en tiempos de conflicto armado como violaciones masivas, embarazos forzados o la esclavitud sexual. Según se desprende del tenor literal del párrafo 48, la violencia que se basa en el género es aquella que se dirige exclusivamente contra las mujeres, como las violaciones dirigidas contra ellas en tiempos de conflicto armado aun cuando su propósito sea diezmar la población enemiga. No se profundiza lo suficiente como para singularizar esta violencia según se trate por la sexualización de las víctimas o las relaciones de género en las que se comete la violencia, pero se vislumbra como el Comité duda acerca del modelo que se sostendrá en el Convenio.

Este mismo año se celebra la primera reunión, y en el informe de la misma, el «First Meeting: Report of the 1st Meeting – Strasbourg 6-8 April 2009 [CAHVIO (2009) 5]» se incluye un apartado acerca de las cuestiones conceptuales o «términos de referencia». En este primer informe se mencionan separadamente la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y destaca el interés del Comité por buscar los elementos comunes a las regulaciones que los Estados miembros tengan acerca de dichos fenómenos violentos. De hecho en el párrafo relativo a las cuestiones sustantivas se indica que la mayoría de delegados que participan del proceso de preparación coinciden en que el instrumento que finalmente se apruebe debe contemplar el mayor número de actos de violencia contra las mujeres y avanzar así en la lucha por la igualdad de género. Para ello, se insiste en el enfoque de las tres Ps, lo que significa que las medidas contempladas deben tender a garantizar la prevención, la protección y el procesamiento. Se

promueve así un instrumento que trate de combatir no solo la violencia efectivamente cometida, sino las razones o estructuras desde las que se origina. Es decir, dichas relaciones estructurales desiguales. Vemos aquí una clara comprensión de la saturación del género que mencionábamos en el apartado anterior (Walby *et alia*: 2017).

Comienza a incluirse en cada uno de los informes un apéndice con las definiciones existentes en instrumentos internacionales de distinta naturaleza para concretar la que finalmente se asumirá en el convenio. De este modo, en el apéndice de este primer informe se distingue entre violencia contra las mujeres, y dentro de ella la violencia de género, y la violencia doméstica. En relación con la primera se señala, entre los documentos que sirven de fuente: la Recomendación (2002) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros para la protección de las mujeres contra la violencia, la DEVAW, la Plataforma de acción de Beijing y la Recomendación general número 19 del Comité CEDAW. Es en relación con esta última cuando se hace mención a la definición del Comité que señala ambos criterios, la pertenencia al sexo femenino o la afectación desproporcionada, incluyendo diversos tipos de actos. No obstante, cuando se alude a la violencia doméstica, destaca el hecho de que no exista un documento que exclusivamente se dirija a combatir esta realidad y se recurra a la definición de los mismos documentos aprobados para combatir la violencia contra las mujeres y algunas normas de protección de derechos de los niños.

En el segundo informe del «Second meeting: Report of the 2nd Meeting Strasbourg 25-27 May 2009 [CAHVIO(2009)31]», el punto dedicado al borrador del convenio señala que existen divergencias entre algunos representantes que difieren de la mayoría, que es favorable a un texto cuyo ámbito objetivo son todas las formas de violencia contra las mujeres. Dicha minoría prefiere que el texto se centre en todas las formas de violencia doméstica, con independencia de género o edad. Con todo, el comité opta por la posición mayoritaria y centra el instrumento en la lucha contra la violencia contra las mujeres y propugna una especial atención sobre la violencia doméstica por su afectación desproporcionada hacia las mujeres. Por esta misma razón se insiste en el párrafo séptimo en la conveniencia de adoptar la perspectiva de género en cada una de las medidas propuestas. En relación con el concepto destaca las referencias al derecho sustantivo, instando a que se incluya una tipología de actos que queden englobados en esta categoría, pero instando a la adopción de una forma genérica neutra. Así, se acuerda que:

1. «La convención debe cubrir todas las formas de violencia ejercida contra mujeres, sea física, psicológica, sexual o de naturaleza económica;
2. Debe comprender no sólo aquella violencia efectivamente cometida en el ámbito doméstico o en la esfera de la familia, nota-

blemente la violencia en la pareja, sino también la violencia cometida en la comunidad ampliamente entendida;

3. Se debe tener en cuenta la especial vulnerabilidad de ciertas víctimas, como ahora las mujeres embarazadas, las mujeres mayores o las mujeres con discapacidad» (párrafo 12).

Esta referencia a las formas de violencia sostiene una dimensión de género a partir de la cual el comité distingue entre violencia doméstica y de género, enfatizando el carácter estructural de esta última. De esta forma, en el párrafo siguiente (párrafo 13) alude a los actos específicos de violencia que deben incluirse en la convención, que son i) todos aquellos basados en el género que ii) resulten en actos que causen daño físico, sexual o psicológico, así como sus amenazas o coacciones, independientemente de que ocurran en la esfera pública o privada. Asimismo, de forma expresa se señalan actos específicos que a diferencia de los referidos en los «Elementos a discutir» no son solo las mutilaciones genitales femeninas o los delitos de honor, sino también algunos actos de privación de la libertad. De nuevo se obvia que puede haber actos de violencia de género que puedan producirse en el ámbito doméstico.

En su apéndice tercero, el comité retoma las cuestiones conceptuales como en el informe anterior para insistir en la conveniencia de que el convenio incluya un concepto amplio que contribuya a la igualdad entre mujeres y hombres en el goce y disfrute de los derechos humanos. El comité retoma entonces la consideración sostenida en la Conferencia Mundial de Derechos de Viena de 1993 sobre la violencia de género como una violación grave de los derechos humanos y un obstáculo esencial a la igualdad. Por ello, reitera la tesis de las tres Ps y la necesidad de: i) prevenir: los estados tienen la obligación de los estados de prevenir frente a la violencia de género; ii) proteger: a las víctimas de dicha violencia; y, iii) procesar: investigar y sancionar de forma apropiada frente a todos los tipos de violencia contra las mujeres, lo cual se entiende como el principio de debida diligencia en el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo se señala de nuevo que el origen y elemento común a los diferentes tipos de violencia es que esta sea causa y consecuencia de las relaciones históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Por ello no solo hay que tener en cuenta el carácter desproporcionado de la comisión de la violencia, sino la distinta forma en la que esta violencia se puede experimentar. Además el comité sostiene que cabe recurrir a las definiciones de género actuales para la concreción del marco conceptual, y también, y más importante, que la naturaleza estructural de esta violencia debe ser necesariamente tenida en cuenta. De nuevo, pues, se toman como punto de partida las definiciones de los instrumentos internacionales.

En el denominado informe Interim «Interim Report» [CAHVIO (2009)4FIN], el comité asevera que el texto final debe poner el foco

en la violencia contra las mujeres, prestando atención a la violencia doméstica porque afecta desproporcionalmente a las mujeres. Considero, pues, que se pierde la posible asimetría que puede darse en algunos casos de violencia en la pareja o doméstica. Esto también contradice las tesis de quienes sostienen la simetría de género en la IVP, o por el contrario resulta contrafáctico si se asumen las interpretaciones que dan a los resultados de las encuestas y demás datos. Por otra parte, en este informe se añade una cuarta «P» a las prioridades en la lucha contra esta violencia referida a las políticas que deben tener un carácter integrador, holístico y coordinado (ap. 2, párrafo 7). Si bien no hay ningún aspecto novedoso por lo que se refiere al marco conceptual, al menos porque en el apartado dedicado a las definiciones se reiteran los aspectos antes mencionados del informe anterior, este organismo va concretando las responsabilidades y obligaciones de los Estados para poder combatir este fenómeno violento y la lucha por la igualdad.

En el informe «Third Meeting: Report of the 3rd Meeting Strasbourg 1-3 December 2009 [CAHVIO(2009)34]», el comité expone los acuerdos sobre el contenido del borrador y las cuestiones todavía pendientes. Así, algunas delegaciones consideran excesivamente detallado o amplio los el contenido del borrador, pero se insiste en la conveniencia de adoptar una aproximación multidisciplinar que asegure una serie de medidas vinculantes para los Estados. En este sentido, se mantienen una serie de medidas aplicables a combatir la violencia doméstica, diferenciadas de otras que se dirigen a combatir la violencia contra las mujeres. Sin embargo, por lo que se refiere a las cuestiones conceptuales, en dicha reunión se insiste en la conveniencia de vincular estas medidas al «empoderamiento» de las mujeres, la noción de víctima y con mayor detalle sobre si la orientación sexual y la identidad de género deben entenderse incluidas en el ámbito de la violencia doméstica (párrafos 5 y siguientes). Todas ellas quedan finalmente pendientes de discusión.

En relación con el quinto informe, el «Fifth Meeting: Report of the 5th Meeting Strasbourg 29 June – 2 July 2010 [CAHVIO (2010) 11]», Vemos que en el borrador «Draft Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence» [CAHVIO (2009)32 Rev]» se retoman las cuestiones conceptuales. En este sentido, se toma en consideración una propuesta de la Delegación Española, que en este momento ostentaba la presidencia en la Unión Europea, para centrar el objeto de la Convención en la violencia contra las mujeres. De este modo, las cuestiones relativas a la violencia doméstica se añaden porque en este ámbito los actos violentos tienen una prevalencia mayor hacia las mujeres, por lo que también deben aplicarse las medidas anteriores. A partir de esta propuesta, el comité y los expertos sostienen que pese al desacuerdo de las delegaciones sobre la literalidad del texto, las medidas deben prever una atención particular a las mujeres, en los supuestos de violencia basada en el género. No

obstante, las previsiones se redactan de forma neutra, como se acuerda en las primeras sesiones. Finalmente, sin embargo, se aprueba el contenido del artículo 1 bis sobre el ámbito de la aplicación del Convenio, que finalmente es el artículo segundo (tras el acuerdo alcanzado en la octava reunión «Eitghth Meeting: Report of the 8th Meeting Strasbourg 13-17 December 2010 [CAHVIO (2010) 27 rev]» del Convenio). En este sentido, finalmente se aceptan los tres párrafos que disponen que:

1. El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.
2. Se alienta a las Partes a aplicar el presente Convenio a todas las víctimas de violencia doméstica. Las Partes prestarán especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género en la aplicación del presente Convenio.
3. El presente Convenio se aplicará en tiempo de paz y en situación de conflicto armado.

En esta octava reunión se acuerdan otras cuestiones como la referencia a la legislación internacional cuando se definan algunas formas específicas de violencia como la violación, pero no en otras, como ocurre con el caso de la violencia doméstica. Asimismo, se mantienen las definiciones de cada una de las formas de violencia según se ha mantenido en las discusiones anteriores, como vemos a continuación.

3.3 El Convenio de Estambul

Como decíamos, el Convenio establece un marco integral de actuación frente a la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación y de diligencia debida. Así, según su artículo primero, finalmente sus objetivos son:

- a)* Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
- b)* Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres;
- c)* Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
- d)* Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
- e)* Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

Para ello el propio Convenio se articula a partir de la estructura denominada de las cuatro «P»: prevención, protección, persecución y políticas integrales. A partir de ellas se va delimitando la extensión de las obligaciones y de la diligencia debida de los Estados para garantizar la eliminación de todo tipo de violencia contra las mujeres. En los primeros capítulos dedicados al derecho material y procesal se aprecian los mayores avances, y cuestiones tales relativas a la tipificación penal de conductas como la mutilación genital, la violencia sexual o los matrimonios forzados. Con la ratificación por parte de España, el Convenio se convierte en la mejor razón para modificar el concepto de la LOVG, pero debemos atender a cómo integrar este marco. Si bien el Código penal regula buena parte de las conductas previstas en el texto, como se ha mencionado con anterioridad, existen razones para adecuar el marco normativo que comienza con la LOVG al menos por lo que se refiere a las cuestiones relativas a la noción, derechos y protección de la víctima. Cabe insistir en que el Convenio y la regulación contra la violencia de género no puede restringirse al marco jurídico penal, por lo que urge afirmar un posible contenido común a determinadas formas de violencia para articular y promover medidas efectivas (Kelly: 1988, Merino: 2012). También cuando esta violencia específica ocurra en el seno de relaciones sexo-afectivas (IVP).

Con este objeto, y como sostenía antes, el primer paso consiste en homogeneizar el concepto de los marcos normativos respetando la definición contenida en los instrumentos internacionales, y ahora de acuerdo con el marco conceptual de este convenio. Como se desprende de los informes de las reuniones del Comité finalmente se opta por incluir un marco con distintas definiciones según el tipo de violencia. Así según el artículo 3:

«A los efectos del presente Convenio:

a) por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.»

A partir de este marco, entendemos que es posible mantener que el legislador europeo sostiene un modelo explicativo basado en el carácter estructural de la violencia, aunque a continuación equipare este fenómeno a la violencia ocurrida en el ámbito doméstico. El principal problema, en mi opinión, es que no se adopta un convenio de violencia de género consistente o apropiado, lo que se constata especialmente por la errónea (a mi parecer) equiparación de un criterio cualitativo de la violencia y un criterio cuantitativo. En definitiva, el Convenio aporta unas definiciones que radican en ambos modelos. Por una parte parece sostener un modelo que atiende al género, mientras que con esta referencia a la afectación desproporcionada, un criterio cuantitativo, parece sostener también un modelo basado en la simetría de género.

Considero oportuno que al hilo de cuanto se ha dicho hasta ahora reflexionar acerca de la relevancia de la entrada en vigor del Convenio de Estambul en la posible revisión del concepto de violencia. Como he tratado de mostrar, la definición dada por este texto respeta la definición de los instrumentos internacionales. Sin embargo, en su propia definición hay un elemento que considero contradictorio con un modelo próximo al género, que además puede sostenerse como argumento en favor de la simetría de género. Me refiero a la alusión al criterio cuantitativo para definir la violencia. Insisto en que este criterio fenomenológico puede ser motivo para negar la especificidad de algunos actos de violencia en la pareja ejercida por razones de género, así como para delimitar las obligaciones estatales asumidas por los Estados parte del Convenio. En particular porque si se asume el paradigma de género de una forma apropiada y en consonancia con las obligaciones asumidas con este texto, el Estado debe intervenir para erradicar las desigualdades sistemáticas y estructurales desde las que se origina la violencia con todo lo que ello implica. Es decir, se afirma así una obligación estatal de asumir responsabilidades jurídico-políticas para la eliminación de la desigualdad por razón de género.

Como decía antes, la simetría de género es la denominación que se sustenta por parte de quienes rechazan que el género sea relevante en la comisión de la violencia interpersonal en relaciones afectivas heterosexuales. Por lo tanto, los Estados no deben asumir la misma responsabilidad o exigencia. El rechazo al género puede deberse a diversos motivos pero si se insiste en considerar que la violencia doméstica es el fenómeno que debe erradicarse, como ocurre con las primeras iniciativas para hacer frente a este fenómeno violento, no se admite tampoco el carácter generizado de las estructuras y relaciones sociales desde las que conformamos nuestras identidades. En este sentido las primeras medidas jurídico-políticas que se adoptan a nivel internacio-

nal aluden a las mujeres (en el sentido de sexualización de las víctimas) o a cuestiones de género solamente cuando se sostiene que esta violencia doméstica se ejerce de forma desproporcionada contra mujeres. También era pues una cuestión puramente cuantitativa que podía justificar la especialización de servicios y/o recursos, pero no un tratamiento jurídico diferente.

4. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En el ordenamiento jurídico español, asistimos al debate acerca de la posible revisión del marco conceptual de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tras haber acordado el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género². En la actualidad, la LOVG, sin restar un ápice a la relevancia jurídica que en su momento tuvo, especifica o singulariza también quien puede ser una víctima de violencia de género en el ordenamiento español. De hecho, para el legislador español es víctima de violencia de género la mujer que se enfrenta a una agresión por parte del varón con el que se tiene o ha tenido una relación de afectividad. Es decir, el legislador español entiende la violencia de género como un fenómeno violento más cercano al modelo de la violencia interpersonal en relaciones de afectividad (IPV). En este sentido, reduce el contenido del concepto de violencia de género en el marco normativo al precisar que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» (Preámbulo LOVG), pero que «se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (artículo 1.1 LOVG). Se trata por tanto de un concepto restrictivo que se caracteriza por ejercerse contra una mujer siempre que haya o haya habido una relación de afectividad, excluyendo cualquier otro acto violento basado en el género. Es decir, la violencia de género según el legislador español es resultado de relaciones de poder desiguales pero solo lo es la violencia en la pareja (Añón, 2016: 8; Bodelón, 2008: 285).

A pesar de ello, la confusión terminológica se supera en algunos apartados de la ley, en los que parece que se recupere un modelo basado en el género. Sirva como ejemplo el Título I sobre medidas de sensibilización, prevención y detección, en el que se incluye como medida

² Congreso de los Diputados: Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Informe de la Subcomisión así como votos particulares presentados. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura*. 3 de agosto de 2017, núm. 199, p. 3.

estratégica para la eliminación de la violencia la educación en igualdad, entre otras. En este apartado se intuye que el legislador vincula el fenómeno violento a un determinado significado de las identidades y las relaciones entre los géneros, de nuevo de carácter patriarcal, y reitera y da sentido a los caracteres estructural y sistémico que tiene la discriminación por razón de género que origina también la violencia. Estas otras medidas, que se fundan en un modelo de reconocimiento de derechos, conforman el contenido que queda fuera de la lógica punitivista, según la cual lo prohibido por el derecho penal se considera lo «socialmente reprobable» (Bergalli y Bodelón, 1992: 68).

El recurso al orden penal evidencia un carácter ambivalente en relación con la violencia. Si bien es cierto que logra equiparar la gravedad de estas conductas con el resto de conductas violentas, también lo es que de su criminalización se deriva la institucionalización de la gestión del riesgo. Es decir, cuando comienza un proceso penal por estos actos, se desplaza la capacidad de decisión y gestión a los poderes públicos, lo que puede coartar posibles opciones de dirimir el conflicto que no coaccionen la autonomía de las mujeres contra quienes se ha ejercido ya esta violencia. De este modo, el acceso a los recursos y servicios previstos en la ley se supedita al preceptivo inicio de un proceso judicial (al requerir una orden de protección para acceder a ellos) (Larrauri: 2007, 104-105; Laurenzo: 2005, 342). Puede objetarse que el inicio de un proceso por cualquier otro delito tiene estos mismos efectos, pero las dudas surgen cuando la propia regulación de este fenómeno tiene como resultado la criminalización de toda agresión entre personas de distinto sexo en determinados entornos; cuando no se han resuelto las contradicciones que derivan de la voluntad de la víctima de revocar una orden de protección; o se intenta evitar la aplicación de algunas figuras penales (Maqueda, 2008: 386). Esto último es el resultado de sostener un modelo de sexualización de agresor y víctima que victimiza a las mujeres.

5. DATOS CUANTITATIVOS EN UN ORDENAMIENTO CON UN MODELO ASIMÉTRICO DE GÉNERO DE LA VIOLENCIA

Me detengo ahora a considerar las posibilidades de una reforma del concepto de violencia en el ordenamiento español y en la asunción de obligaciones por parte de los poderes públicos para combatirla. Decíamos al inicio que parecía que la discusión acerca de la simetría o asimetría de género en el ordenamiento jurídico español parece no haber cuestionado el modelo establecido con la LOVG. Sin embargo, creo oportuno señalar que no es posible asumir un postulado como el que contiene, el Convenio en el que se equipara violencia por razones

de género (criterio cualitativo) a una afectación desproporcionada (criterio cuantitativo) de las mujeres.

En nuestro ordenamiento ya se plantearon algunas cuestiones a este respecto, especialmente cuando se plantearon dudas acerca de la constitucionalidad de la agravante penal prevista para los supuestos de violencia en la pareja por razones de género. Los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad que se objetan a la LOVG son resultado de que las medidas penales concentrasen de forma desproporcionada la atención de gran parte del debate público y la atención de los agentes y operadores jurídicos. De hecho, el propio Tribunal Constitucional responde a la cuestión de inconstitucionalidad, cuya resolución afirma la constitucionalidad de la LOVG con la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo, centrándose en el carácter sexuado de agresor y víctima, sin explicar, ni profundizar en el significado y los caracteres del concepto de género. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional concluye que la norma penal respeta el criterio de proporcionalidad, puesto que es una medida adecuada para alcanzar el fin perseguido, y las consecuencias de su existencia son legítimas. Asimismo sostiene que la forma en la que se construyen las relaciones entre hombres y mujeres ha dado pie a relaciones de afectividad en las que la violencia que aquí se produce justifica un tratamiento jurídico diferenciado porque el desvalor añadido merece un mayor reproche penal (Quintero: 2015, 82).

Finalmente en nuestro ordenamiento, para constatar la existencia de violencia de género y no de forma pacífica (Torres: 2016, 309) es preciso que se constate la conducta punible además de rasgos distintivos de la situación de discriminación de la mujer hacia el hombre en cada caso concreto. Este es el carácter específico que los operadores jurídicos han decidido que justifica la concurrencia de la violencia de género (Quintero: 2015, 87; Torres: 2016, 308-309). El problema sigue siendo todavía la ausencia del *tertium comparationis* para pensar o identificar medidas jurídicas que sean adecuadas para combatir la violencia de género atendiendo a sus caracteres y significado.

Uno de los argumentos que reiteran quienes defienden que los estudios de percepción de la violencia son válidos es la no fragmentación de los datos. En primer lugar, estos datos proceden de encuestas acerca de la violencia que no distinguen por el género, por lo que es posible acercarse al fenómeno violento sin prejuicios ni predeterminando los resultados (Archer, 2000). En cambio, si partimos de encuestas dirigidas a mujeres, se obvia la posible agencia de las mujeres y se reiteran concepciones rígidas. Si se opta por fuentes especializadas o que aluden a un determinado supuesto o dimensión de la violencia (por ejemplo si se recurre a datos relativos a la hospitalización), se estará restringiendo la violencia (Johnson: 2006, 1004-1005). Sin embargo, estos mismos estudios tienden a sostener nociones estables o rígidas de violencia en las que el mero carácter violento es el elemento definitorio. Tampoco se distingue entre posibles implicaciones, efectos o caracteres que pueden

singularizar experiencias de violencia diferentes. De hecho, este es el criterio que sirve a quienes promueven un modelo de violencia en el que se distingue un carácter, bien sea por el objeto en su uso, su carácter instrumental o incluso los sujetos entre quienes se realiza (Johnson, 2006: 1005-1006). Si esto es así, cabe entonces explicar si es posible medir la violencia sin que se obvие otras formas violentas.

En este sentido, una de las objeciones a quienes señalan un criterio cualitativo que singularice la violencia es que se excluyen formas violentas similares. O incluso que resulta contradictorio reconocer la existencia y prevalencia de un tipo de violencia cuando los datos (empíricos) (de)muestran que esta violencia no es como se define. En otras palabras, se invalida el propio criterio definitorio, por ejemplo que se base en el género, cuando los datos que se extraen de los testimonios (aunque sea mediante la respuesta a encuestas sin interacción con quien pregunta) de las propias mujeres son que ellas pueden ejercer la violencia de forma similar a como esta se ejerce por parte de los hombres (Archer, 2000). No obstante, estoy de acuerdo con Johnson en que si se trata de realidades distintas, estas van a condicionar la forma en la que se interprete o se dé sentido a la violencia. Por ejemplo en el caso en el que el acto violento responda a una agresión previa o que se integre en un contexto violento en el que se pretenda el control o la sujeción del otro sujeto (Scarduzio *et alia*, 2017: 90 y sig).

De lo anterior se desprende la importancia e idoneidad de buscar e interpretar datos cuantitativos que nos permitan conocer, entender y promover medidas adecuadas para erradicar la violencia. Del mismo modo es conveniente identificar los posibles indicadores que nos permitan valorar el impacto y la eficacia de las medidas que se adopten para combatir la violencia (Merino: 2017). Es por ello por lo que no niego, ni pretendo minusvalorar, la relevancia de los datos cuantitativos, ni de las encuestas como instrumentos de recolección de datos para interpelar y construir las teorías y conceptos sobre género y violencia. No obstante, considero relevante adecuar los métodos y las metodologías para recabar información al fenómeno y los caracteres del objeto de estudio. En este sentido, creo oportuno reflexionar ahora sobre los instrumentos de los que disponemos en un ordenamiento en el que se opta por un modelo de violencia basado en la asimetría y cercano al género.

En un contexto así, cabe buscar estrategias para medir la violencia en la pareja (IPV), de igual modo que debe comprobarse si es posible recabar datos cuantitativos e información acerca de la violencia de género para discernir si se puede acceder a datos de prevalencia y tendencias de ambos tipos. A consecuencia de todo ello, los aspectos que cabe tener en cuenta son: 1. Que hay una primera distinción entre violencia de género, según se define en la LOVG. 2. Que la jurisprudencia ha optado por requerir la constatación del injusto añadido a la agresión en forma de desigualdad o discriminación. 3. Que la violencia doméstica en nuestro ordenamiento no se reduce solo a la violencia en la pareja o una relación de afectividad, a diferencia de lo que sí

ocurre en la violencia de género. Aun así, es posible obtener datos desgregados por género en el portal del Instituto Nacional de Estadística (INE)³. Según los datos aquí recogidos, los resultados de asuntos incoados por violencia de género y sentencias firmes por violencia doméstica del período 2011-2016 (se debe advertir que en 2015 entra en vigor la reforma del Código penal en la que el género es una agravante y las conductas anteriormente consideradas faltas pasan a ser ahora delitos [Torres: 2016, 309-310]) muestran cifras similares a las que se desprenden de los resultados de las encuestas.

Violencia Doméstica (Asuntos incoados). Serie histórica 2011-2016

Victimas, Personas Denunciadas, Infracciones Penales y Medidas Cautelares

Unidades: valores absolutos y porcentaje

Tabla	Gráfico	Valor						
		2016	2015	2014	2013	2012	2011	
1. Total Víctimas		6.863	7.229	7.084	7.060	7.298	7.744	
1.1 Hombres		2.574	2.677	2.703	2.635	2.788	2.863	
1.2 Mujeres		4.289	4.552	4.381	4.425	4.510	4.881	
2. Total Personas denunciadas		4.643	4.981	4.988	5.037	5.400	5.632	
2.1 Hombres		3.342	3.736	3.684	3.790	4.091	4.289	
2.2 Mujeres		1.301	1.245	1.304	1.247	1.309	1.343	
3. Total infracciones penales		5.570	5.884	5.917	5.923	6.328	6.750	
3.1 Delitos		5.549	5.653	5.461	5.145	5.593	6.002	
3.2 Faltas		21	231	456	778	735	748	
4. Total medidas cautelares dictadas		10.318	11.028	10.890	11.041	11.737	12.231	
4.1 Medidas cautelares civiles		596	520	476	426	509	506	
4.2 Medidas cautelares penales		9.722	10.508	10.414	10.615	11.228	11.725	

Notas

1) Resultados referidos a asuntos incoados (con órdenes de protección o medidas cautelares dictadas) que fueron inscritos en el Registro.

Violencia Doméstica (Sentencias firmes). Serie histórica 2011-2016

Personas Condenadas, Personas Absueltas, Infracciones Penales, Penas y Medidas

Unidades: valores absolutos y porcentaje

Tabla	Gráfico	Valor						
		2016	2015	2014	2013	2012	2011	
1. Total Personas Condenadas		5.616	5.358	
1.1 Hombres		3.325	3.078	
1.2 Mujeres		2.291	2.280	
2. Total Personas Absueltas		1.365	1.458	
2.1 Hombres		608	644	
2.2 Mujeres		759	814	
3. Total infracciones penales		7.326	6.912	
3.1 Delitos		7.043	5.960	
3.2 Faltas		283	952	
4. Total Penas y Medidas		23.368	22.222	
4.1 Penas		21.899	20.844	
4.2 Medidas adoptadas menores		844	898	
4.3 Medidas de seguridad y otras		625	480	

³ Los datos actualizados pueden encontrarse en la página web del INE: http://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=resultados&idp=1254735573206 (último acceso 29 de marzo de 2018).

Ambas tablas elaboradas por el INE con sus propios datos reflejan una tendencia a asimilar el índice de prevalencia de violencia doméstica por parte de hombres y mujeres. Aunque estos mismos detalles se pueden conocer acerca de los actos de violencia de género, es relevante reiterar que en nuestro ordenamiento hay una preclasificación previa de las conductas. En este segundo supuesto, ya lo hemos advertido, no es posible disgregar por géneros porque la propia figura jurídico-penal se construye a partir del binomio sexuado de agresor/víctima y víctima/mujer. Si la prevalencia fuese similar, la diferencia entre estas y las cifras o índices anteriores no debería ser alta. Sin embargo, como muestran las siguientes tablas (en las que se recogen datos incoados por violencia de género y sentencias firmes para el mismo período), las cifras son muy elevadas:

Violencia de Género (Asuntos incoados). Serie histórica 2011-2016
Víctimas, Personas Denunciadas, Infracciones Penales y Medidas Cautelares
 Unidades: valores absolutos y porcentaje

Tabla	Valor					
	2016	2015	2014	2013	2012	2011
1. Total Víctimas (Mujeres)	28.281	27.624	27.087	27.122	29.146	32.242
2. Total Personas Denunciadas (Hombres)	28.201	27.562	26.987	27.017	29.048	32.142
3. Total infracciones penales	33.512	32.128	31.487	31.375	33.713	38.219
3.1 Delitos	33.440	30.990	29.374	28.824	31.129	35.061
3.2 Faltas	72	1.138	2.113	2.551	2.584	3.158
4. Total medidas cautelares dictadas	87.704	84.594	83.156	82.805	89.657	98.159
4.1 Medidas cautelares civiles	22.765	21.025	20.601	20.350	22.445	23.737
4.2 Medidas cautelares penales	64.939	63.569	62.555	62.455	67.212	74.422

- Notas

Violencia de Género (Sentencias firmes). Serie histórica 2011-2016
Personas Condenadas, Personas Absueltas, Infracciones Penales, Penas y Medidas
 Unidades: valores absolutos y porcentaje

Tabla	Valor									
	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2016	2015	2014	2013
1. Total Personas Condenadas (Hombres)	25.999	21.265	-	-	-	-	7,0	-	-	-
2. Total Personas Absueltas (Hombres)	6.288	5.768	-	-	-	-	-7,1	-	-	-
3. Total infracciones penales	34.610	32.296	-	-	-	-	7,2	-	-	-
3.1 Delitos	33.711	29.265	-	-	-	-	19,3	-	-	-
3.2 Faltas	899	4.031	-	-	-	-	-77,7	-	-	-
4. Total Penas y Medidas	133.644	126.338	-	-	-	-	5,3	-	-	-
4.1 Penas	129.440	123.860	-	-	-	-	4,7	-	-	-
4.2 Medidas adoptadas menores	100	110	-	-	-	-	-3,6	-	-	-
4.3 Medidas de seguridad y otras	3.488	2.578	-	-	-	-	35,4	-	-	-

Si se conjugan las cifras de ambas tablas, los números se convierten en unos indicadores que constatan una mayor prevalencia en el recurso a la violencia por parte de los hombres en el ámbito familiar y de las relaciones de pareja.

De estas mismas cifras se desprende que una razón para ampliar el concepto actual de violencia del ordenamiento es la ausencia de datos

acerca de otras formas de violencia de género. Es decir, la ausencia de consideración de estas formas como violencia de género según la LOVG, pero no así del listado del Convenio de Estambul y de los instrumentos internacionales, constituye una razón para adecuar el marco de la LOVG al del Convenio. Con mayor razón, porque de esta exclusión se infiere la desprotección de las víctimas de estos otros tipos de violencia. Es decir, dado que quienes se enfrentan a estos otros actos no ostentan la posición de víctima de violencia de género según el ordenamiento, carecen del título que legitima el acceso a la protección específica que existe en el ordenamiento, y a los recursos y servicios sociales especiales. A mi parecer es esta la crítica más relevante para justificar la reforma del concepto y de la consiguiente reforma de la configuración jurídico penal de la LOVG. De ahí que una de las cuestiones relevantes del Pacto de Estado contra la VG sea la revisión de la definición de violencia de género⁴. También que siga habiendo voces discrepantes con el marco definitorio actual y que pretendan volver a un modelo primero en el que el género desaparezca o literalmente «poner fin a la asimetría de género que el actual modelo impone»⁵.

Sin embargo, a pesar de la restricción del concepto actual, su ampliación o superación debe basarse en razones relativas al modelo de género. Estas son: en primer lugar, no cabe restringir la violencia a situaciones específicas de violencia intrafamiliar o interpersonal. Si se amplía de forma correcta y se sostiene un modelo de género, es posible relacionar esta dimensión y/o categoría con algunas figuras penales ya existentes en nuestro ordenamiento. Es el caso de la mutilación genital femenina, algunos supuestos de matrimonios forzados o trata de personas con fines de explotación sexual. Esto nos permitiría afirmar así la idea del *continuum* de violencia y orientar las medidas jurídicas a estas otras formas de violencia de género (Kelly: 1988 y Merino: 2012). En segundo lugar, si se admiten como actos de violencia otros supuestos de violencia basados en el género se refuerza y consolida una concepción más apropiada del género. También en relación con supuestos de violencia en los que no solo el género influye: como puede suceder en los casos de violencia de género contra inmigrantes

⁴ La necesidad de ampliar el concepto de violencia para adecuarlo a las previsiones del Convenio de Estambul y considerar otros actos violencia de género es constante en las distintas comparencias habidas al respecto del Pacto de Estado. También justifica el diagnóstico del Informe, y en los votos particulares al Informe número 2, 6, 18, 29, 36, 37, 38, 39, 41, 46, 55, 65, 66, 67 y 69, según se señala en el Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género.

⁵ La primera noticia acerca de la propuesta del partido político Ciudadanos en la campaña electoral del 26 de junio de 2016 fue esta: https://www.eldiario.es/sociedad/Ciudadanos-acabar-especificas-violencia-machista_0_458804932.html (eldiario.es de 8 de diciembre de 2015; última visita 28 de marzo de 2018). Sin embargo, el partido político acabó suprimiendo esta propuesta por la polémica que generó: https://www.eldiario.es/sociedad/Ciudadanos-incluire-programa-especificas-violencia_0_514448824.html (eldiario.es de 10 de mayo de 2016; última visita: 28 de marzo de 2018).

o las demandas de asilo por razón de género o identidad de género, así como cuando concorra otra variable como la identidad de género o la orientación sexual. En cambio, afirmar un modelo simétrico o justificar un trato jurídico en razones cuantitativas desconoce las especificidades y en el caso de la violencia de género es fundamental. En definitiva estas razones no justifican o motivan medidas específicas al respecto.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

El ordenamiento jurídico español ha consolidado un modelo en el que se prohíbe la violencia de género con medidas, no solo pero sí preeminentemente penales, basadas en un modelo sexuado con algunas medidas más cercanas al modelo basado en el género, como es el caso de las medidas de sensibilización. La vigente LOVG ha dado lugar a un ordenamiento jurídico protector con las víctimas pero que tiene carencias relevantes. Algunas de las más relevantes son aquellas exclusiones que se producen en relación con la determinación de quién es víctima de violencia de género a efectos de la aplicación de la ley y de las medidas penales y asistenciales o de acompañamiento previstas en las normativas. Siendo así, es muy relevante promover cambios en el concepto de violencia si así se garantiza la protección y el acceso de todas las víctimas de violencia de género, según textos normativos que de algún modo u otro nos vinculan, como la DEVAW o el Convenio de Estambul.

Por ello, y tras la entrada en vigor y previa ratificación de este último texto, el Estado español debe proceder a modificar y adecuar a este el concepto de violencia. Aparte de los cambios en la percepción de algunas figuras jurídico-penales ya existentes en nuestro ordenamiento (como puede suceder si se entiende que la mutilación genital femenina o la trata con fines de explotación sexual constituyen actos de violencia de género), se requiere también: i) la introducción posiblemente de nuevos tipos penales (como el *stalking*); ii) otras formas de protección (que refuercen la protección de los derechos y la seguridad de las víctimas, como acceso a una vivienda o un acompañamiento no solo en los servicios sociales, sino en oficinas de atención a la víctima antes, durante y después de un proceso judicial); y, iii) aspectos de las víctimas que tiendan igualmente a su seguridad y sus derechos (atendiendo a supuestos de interseccionalidad, como aspectos relativos al estatuto administrativo de extranjería o la discapacidad). Todo ello en virtud de haber asumido las obligaciones previstas en el Convenio.

En este orden, destaca que el concepto de violencia del Convenio es más amplio. No obstante, ya he insistido en ello, creo que la definición de la violencia contra las mujeres basada en el género no puede

equipararse al criterio cuantitativo «*o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*». Y no lo es, insisto, porque no puede equipararse el motivo que especifica o singulariza la violencia, es decir el género, a un criterio cuantitativo. Este argumento cuantitativo sirvió en un primer momento para destacar la prevalencia y persistencia de esta violencia en el ámbito doméstico, justamente donde pretenden retornarla aquellos que sostienen el criterio de la simetría del género y la igual comisión de la violencia. Sin embargo, sostener un modelo sexuado de agresor y víctima puede llevar a una generalización equívoca en la que el binomio agresor/hombre y víctima/mujer se naturalice y haya una presunción contraria: que las mujeres sean siempre consideradas víctimas y los hombres agresores. Este modelo niega capacidad de agencia a quienes están en posición de subordinación, así como la adecuación de la interseccionalidad o la advertencia de que la opresión y la subordiscriminación se desplazan, según la posible coincidencia de diversas variables o dimensiones sociales. Finalmente, un paradigma basado en el género permitiría identificar las estructuras, relaciones o nociones de género que tienen que ver con la violencia de género; también aquella que se produce en relaciones de pareja. Es en este modelo cuando puede entenderse que puede haber violencia en la pareja o violencia doméstica dirigida hacia las mujeres que no sea violencia de género, y otros supuestos en los que ambas consideraciones coincidan.

Asimismo, los números pueden responderse con números. Hemos visto como de acuerdo con criterios estadísticos que distinguen entre violencia doméstica y violencia de género, entendida según la definición dada por el legislador español y por tanto relativa a actos violentos ejercidos por varones contra mujeres con las que se mantiene o ha mantenido una relación de afectividad o similar, las cifras siguen mostrando una especial afectación hacia las mujeres. No puede obviarse que en una sociedad como la española puede afirmarse que las relaciones y estructuras de género tienen un carácter patriarcal que sitúa en posición de subordiscriminación a las mujeres (Barrère: 2008). Es por ello que el concepto de violencia de género sigue excluyendo supuestos que estarían incluidos en las cifras de violencia de género si se adoptase el concepto del Convenio de Estambul. Por esta razón, y si consideramos que un ordenamiento que no protege a todas las víctimas de violencia de género incumple sus obligaciones internacionalmente asumidas, el legislador español debe modificar el concepto de violencia previsto en la LOVG. Sin embargo, en aras de conseguir la erradicación de la violencia, las medidas deben atender a los caracteres, origen, causas y/o motivos de la violencia. Por ello, las medidas contra la violencia de género no pueden ser, ni deben ser las mismas que aquellas con las que se haga frente y luche contra la violencia doméstica.

Así las cosas, un ejemplo claro en la lucha contra ambas no requiere desdeñar el posible valor de las encuestas sobre violencia y su per-

cepción. Sin embargo, y para que sigan siendo datos que reflejen de un modo adecuado la realidad se debe explicar y hacer manifiesto sobre qué realidad se pregunta, y cómo se representa, entiende y se da sentido y significado a la realidad. También deben buscarse otros indicadores que permitan cuantificar o medir la violencia. En este sentido, siguiendo a Walby *et alia* (2017) y Johnson (2015; 398), se debe hacer manifiesta esta dimensión social que significa el género en todos los instrumentos de identificación y medida de la violencia, así como en el caso de las medidas jurídico-políticas con las que se pretende cambiar o erradicar la violencia. Piénsese en las medidas de sensibilización y/o información. En un sentido similar, se debe insistir en la conveniencia de mantener la perspectiva de género, y no seguir pensando en nociones rígidas o sexualizadas de agresores y víctimas. En ningún caso se pretende volver a un régimen en el que el género sea neutro, sino más bien en entender que la perspectiva de género significa asociar ambos géneros a las estructuras, relaciones y realidades sociales que nos construyen. Esto significa que asociaremos uno y otro género probablemente a posiciones de agresor y víctima, pero debe disociarse este dualismo (agresor/hombre *vs.* víctima/mujer) si se asume que la violencia se basa en motivos de género. Por ello también es posible que exista violencia doméstica entre un hombre y una mujer que no sea violencia de género de igual modo que puede existir violencia de género que no sea violencia doméstica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, C., SWAN, S., RAGHAVAN, C., «Gender Symmetry, Sexism, and Intimate Partner Violence», *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 24, n.º 11, 2009, pp. 1816-1834.
- AÑÓN M. J., «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, n.º 39, 2013, pp. 127-157.
- «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 33, 2016, pp. 1-26.
- ARCHER, J., «Sex differences in aggression between heterosexual partners: A meta-analytic review», *Psychological Bulletin*, 126, 2000, pp. 651-680.
- BARRÈRE, M. A., y MORONDO, D., «La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE», *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: Una relación a debate*, Barrère, M. A. y Campos, A. (coord.), Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, 2005, pp. 143-160.
- BARRÈRE, M. A., «Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación», *Mujeres, derechos y ciudadanías*, R. Mestre (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45-72.
- BERGALLI, R., y BODELÓN, E., «La cuestión de las mujeres y del derecho penal simbólico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992, pp. 43-74.

- BODELÓN, E., «La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo», *Género, violencia y derecho*, Lorenzo, P., Maqueda, M. L., y Rubio, A. (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 275-300.
- COLL-PLANA, G. *et alia*, «Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión», *Papers*, 87, 2008, pp. 187-204.
- DESMARAIS, S. *et alia*, «Prevalence of Physical Violence in Intimate Relationships, Part 1: Rates of Male and Female Victimization», *Partner Abuse*, Vol. 3, n.º 2, 2012, pp. 140-169.
- FREIXES, T., y ROMÁN, L. (Dir.), *La orden europea de protección: su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Madrid, Tecnos, 2015.
- JHONSON, H., «Degendering violence», *Social Politics*, 2015, Vol. 22, n.º 3, pp. 390-410.
- JOHNSON, M., «Conflict and Control. Gender Symmetry and Asymmetry in Domestic Violence», *Violence Against Women*, Vol. 12, n.º 11, 2006, pp. 1003-1018.
- KELLY, L., *Surviving Sexual Violence*, Minneapolis, Minnesota University Press, 1988.
- KIMMEL, M., «Simetría de género» en la violencia doméstica: Una revisión conceptual y metodológica de la investigación», *Violencia de Género en las parejas heterosexuales: análisis, diagnóstico y problemas de intervención*, GARCÍA, A. y CASADO, E., Comunidad de Madrid, Dirección General de la Mujer, 2006, pp. 67-113.
- LARRAURI, E., «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», *Cuadernos Penales José María Lidón. La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, n.º 2, Universidad de Deusto, 2005, pp. 157-182.
- *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Madrid, Trotta, 2007.
- LAURENZO, P., «La violencia de género en la ley integral: Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7-8, 2005, pp. 1-23.
- «Violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo», *Género, violencia y derecho*. Lorenzo, P., Maqueda, M. L., y Rubio, A. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 329-361.
- MAQUEDA, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico», *Género, violencia y derecho*. Lorenzo, P., Maqueda, M. L., y Rubio, A. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 363-408.
- MEDINA ARIZA, J. J., *La violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- MERINO, V., *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2012.
- «Victimización secundaria en los supuestos de violencia contra mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular», *Migraciones*, n.º 41, pp. 107-131.
- MYHILL, A. (2017), «Measuring domestic violence: context is everything», *Journal of Gender-Based Violence*, Vol. 1, n.º 1, 2017, pp. 33-44.
- QUINTERO, G., «La ley penal y la violencia de género», *Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de género*, Roig, M. (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 69-92.

- ROMÁN, L., y OLIVERAS, N. (2014), «La protección a las víctimas de violencia de género en la Unión Europea; en especial, la Orden Europea de Protección», *Integración Europea y Género*, Pastor, M. I., Román, L., y Giménez, A. (Coord.), Madrid, Tecnos, 2014, pp. 89-122.
- RUBIO, A., «Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores», *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres: Guía de Argumentación para operadores jurídicos*, Rubio A. (coord.), Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2004, pp. 13-62.
- SCARDUZIO, J., *et alia*, «“Maybe She Was Provoked”: Exploring Gender Stereotypes About Male and Female Perpetrators of Intimate Partner Violence», *Violence against Women*, Vol. 23, n.º 1, 2017, pp. 89-113.
- TORRES, N., «Violencia de género y derecho penal: de la LO 1/2004 a la Reforma penal de 2015», *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Villacampa, C. y Rodríguez, C. (ed.), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, pp. 297-328.
- WALBY, S., y TOWERS, J., «Measuring violence to end violence: mainstreaming gender», *Journal of Gender-Based Violence*, Vol. 1, n.º 1, 2017, pp. 11-31
- WALBY, S., *et alia*, *The Concept and Measurement of Violence Against Women and Men*, Bristol, Policy Press, Policy & Practice, 2017.
- WESTMARLAND, N., *Violence Against Women. Criminological perspectives on men’s violences*, London, Routledge, 2015.

Globalización, Universidad y Filosofía del derecho

Globalization, University and Philosophy of Law

Por ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE
Universidad de Cantabria

RESUMEN

El artículo plantea los cambios que está experimentando la universidad como consecuencia de los procesos globalizadores y la forma en que estos cambios están alterando el modelo educativo, para abordar luego la posición que pueden adoptar en este marco los estudios de Filosofía del derecho.

Palabras clave: *Globalización, Universidad, Empleabilidad, Formación, Filosofía del derecho.*

ABSTRACT

Globalization poses organizational and methodological changes that are altering the university educational model. It is interesting to discuss the position that the studies of Philosophy of the Law may take in this framework.

Key Words: *Globalization, University, Higher Education, Employability, Training, Philosophy of Law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL NUEVO CONTEXTO GLOBAL. INCIDENCIA EN LA UNIVERSIDAD.-3. LA MISIÓN DE LA UNIVERSIDAD.-4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. EL PROCESO DE BOLO-
NIA.-5. EL PAPEL DEL DERECHO Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. THE NEW GLOBAL CONTEXT. INCIDENCE IN THE UNIVERSITY.—3. THE MISSION OF UNIVERSITY.—4. SITUATION IN SPAIN. THE PROCESS OF BOLOGNE.—5. ROLE OF LAW AND PHILOSOPHY OF LAW.

1. INTRODUCCIÓN

Las profundas transformaciones que está experimentando el mundo en el campo social en las últimas décadas, de manos fundamentalmente del llamado proceso de globalización, hacen necesario replantearse el papel que le corresponde en este contexto a la educación superior y, en lo que especialmente nos interesa, a las enseñanzas universitarias atribuidas a la Filosofía del derecho. Todos somos conscientes de los cambios que se están produciendo, tanto en relación con nuestra asignatura y las enseñanzas que impartimos, como en relación con el papel que cumple la universidad en el actual contexto social, y resulta normal plantearse cuál ha de ser nuestra actitud ante esos cambios. Una manifestación expresiva de esta sensación de cambio y de la necesidad de reaccionar la escuchamos en las XXV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, cuando el Profesor Pérez Luño usó una referencia literaria para ilustrar la situación actual de la asignatura, valiéndose de las aventuras de Fray Cebolla en el *Decameron* de Boccaccio¹. En un contexto medieval, el fraile viajaba por los pueblos para en el día de la fiesta ofrecer el espectáculo de mostrar las plumas del arcángel Gabriel que guardaba en una cajita. En una de sus paradas unos bromistas sustituyeron la noche anterior las falsas plumas por unos pequeños pedazos de carbón. Pero el fraile, cuando descubre la treta a la hora de mostrarlos, lejos de cambiar su discurso se vale de su astucia para salir del paso diciendo «milagro, la Divina Providencia ha sustituido las plumas del arcángel Gabriel por los carbones de la parrilla en que asaron a San Lorenzo». La moraleja consiste en poner en evidencia el descaro del que actúa, cuando todo cambia, como si nada hubiera pasado.

Si es cierto que el mundo está cambiando y que de alguna forma hay que responder a ese cambio, el hacerlo requiere previamente conocer las tendencias generales de las transformaciones que estamos experimentando, y sobre todo su sentido, en especial su sentido ideológico, tanto para entenderlo como para, a partir de ahí, adaptarse, dejarse llevar, acompañar o resistirse. Es decir, en una palabra es necesario captar el sentido de los tiempos y tomar una posición ante la realidad del presente, en este caso ante la realidad universitaria del

¹ La conferencia que pronunció, titulada «Nuevo derecho, nuevos derechos», puede verse en el *Anuario de Filosofía del derecho*, tomo XXXII, 2016, pp. 15-36.

presente que nos rodea². Esta toma de posición se referiría a los cambios que están afectando a la función de la universidad, a su organización, a la organización dentro de ella de los estudios de derecho y más en concreto a los estudios que se desarrollan al amparo de la Filosofía del derecho. Una toma de posición que pretende, por otro lado, ser una actitud contraria a la aceptación acrítica del proceso globalizador, usualmente presentado como inevitable desde una posición ideológica que pretende imponer su modelo de futuro como si no fueran posibles otras alternativas³.

Anotaremos en este momento que el interés por desvelar la cuestión del sentido es una tarea que resulta acorde con la naturaleza de nuestra disciplina, siempre preocupada por la razón de las cosas, ya que desvelar sentidos estructurales en relación con los grandes problemas sociales es parte de nuestro trabajo, como lo es también cuestionar la realidad y proponer alternativas⁴. De ahí también la necesidad y la naturalidad de plantearnos la cuestión del sentido de la globalización en relación con la enseñanza superior y la misión consecuyente de la Filosofía del derecho.

2. EL NUEVO CONTEXTO GLOBAL. INCIDENCIA EN LA UNIVERSIDAD

La globalización es el contexto en el que con más frecuencia se abordan hoy en día los fenómenos sociales. Partimos de la base ampliamente aceptada por la doctrina de que la globalización es un proceso complejo que tiene múltiples vertientes: sociales, culturales, ideológicas, pero en el que predominan los componentes de contenido económico⁵. A nuestro juicio, las líneas más destacadas de la globalización

² Como sabemos, la toma de posición es una de las notas que tradicionalmente se utilizan para caracterizar tanto los estudios de nuestra área de conocimiento como la figura misma del filósofo del derecho.

³ Inevitabilidad que es refutada por autores como el profesor PÉREZ LUÑO en su obra *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la teoría del derecho*, Tebár, Madrid, 2007, donde insiste en que hay que tener en cuenta dos circunstancias importantes para intentar controlar la globalización: una que no se trata de un valor sino de un hecho, y la otra que es un fenómeno social y no una ley de la naturaleza.

⁴ Por todos, cfr. DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la Filosofía del derecho en la actualidad», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 15, 1975, pp. 25-43, donde en relación con la utilidad de la Filosofía del derecho se alude a ella como una «reflexión sobre el sentido y valor de los acontecimientos», *ibidem*, p. 41.

⁵ Por ejemplo, cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la teoría del derecho*, cit., donde empieza por definir la globalización como «término con el que se alude a los actuales procesos integradores de la economía: financiación, producción y comercialización»; para el autor dichos procesos se producen a escala planetaria y suponen realizar los esquemas económicos del neoliberalismo capitalista, teniendo entre otros efectos el desbordamiento de las naciones para realizar políticas o controles económicos, en favor de poderes internacionales (FMI) o

contemporánea tienen que ver con consideraciones económicas, o al menos estas son las líneas capaces de dibujar el recorrido político-ideológico más reconocible, aunque no agotador, de la globalización.

A la pregunta de por qué la economía es la principal dirección en las nuevas tendencias globales puede responderse que se ha impuesto una visión economicista de las relaciones sociales. La racionalidad económica se ha convertido en el esquema más potente de actuación y a la vez de comprensión e interpretación del mundo, de manera que todo el conjunto de las relaciones sociales se observa ahora preferentemente desde la perspectiva de las exigencias económicas, esencialmente en la forma en que son entendidas por el capital⁶. Una visión que implica la subordinación de otros valores sociales a valores propios del mundo económico como los de crecimiento, productividad, empleo, beneficio...⁷.

A su vez, la perspectiva económica imperante a nivel global es la propia de la ideología neoliberal⁸, con lo que en este sentido puede afirmarse que la globalización económica es también política, al estar

privados (empresas, corporaciones); la existencia de redes de comunicación que posibilitan actividades financieras y comerciales a escala planetaria, o el desequilibrio de los Estados en las redes económicas y como consecuencia la concentración de beneficios en países del primer mundo y el empobrecimiento de los países del tercer mundo, cfr. *ibidem*, p. 91.

⁶ Podría argumentarse que la economía ha sido tradicionalmente el esquema de comprensión de la realidad desde determinadas perspectivas ideológicas, la diferencia estaría en que ahora hay una dirección económica claramente hegemónica, la neoliberal, y en que ha alcanzado tanta fuerza que arrolla otros esquemas de comprensión hasta ahora resistentes, como los ideológicos, políticos, religiosos, morales, jurídicos, etc.

⁷ Al respecto cfr. VATTIMO, G., *De la realidad. Fines de la Filosofía*, trad. Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2013. El libro es una reacción contra la tiranía de la realidad imperante, una tiranía que es impuesta por el discurso económico que se pretende incontrovertible, y respecto de la que el pensamiento debe reaccionar.

⁸ Teniendo en cuenta que perspectivas económicas hay varias, e incluso que los planteamientos económicos neoliberales están cada vez más cuestionados por el propio pensamiento económico a causa de factores como el aumento de la desigualdad, la falta de justicia social o los riesgos para la sostenibilidad del planeta. Entre las críticas recientes cfr. PIKETTY, T., *El capitalismo en el siglo XXI*, FCE, 2014, que pone en el centro de las preocupaciones económicas la desigualdad, y donde se sostiene que las concentraciones extremas de renta amenazan los valores de meritocracia y de la economía de mercado, como la cohesión social y la justicia, que son sobre los que se asienta la democracia. El autor propone corregir el modelo con un aumento de la progresividad de los impuestos y con un impuesto mundial sobre la riqueza. A partir de la crítica al modelo neoliberal están surgiendo otros modelos económicos alternativos, como puede ser la Economía del Bien Común, de Christian Felber (cfr. FELBER, C., *La economía del bien común*, Universidad de Deusto, 2012), que propone un modelo alternativo tanto a la economía capitalista como a la planificada, intentando resolver la contradicción de valores entre el mercado y la sociedad; la Economía Colaborativa o la Economía Circular. Por su parte, también Bauman cuestionó seriamente las bases del postulado económico neoliberal, haciéndose una pregunta esencial, en BAUMAN, Z., *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?*, trad. A. Capel, Planeta, 2012.

desarrollándose mayoritariamente bajo la inspiración de un modelo económico que, actuando en función de los intereses de la liberación y acumulación del capital, pretende imponerse a los demás actores sociales y políticos⁹. Esta vertiente económica de la globalización y su contenido ideológico han sido descritas por Boaventura de Sousa Santos, que acuñará el término de «globalización hegemónica» para referirse precisamente a la globalización que responde a esta opción ideológica. En su esquema de análisis la globalización hegemónica se presenta como una expansión de relaciones transfronterizas, unas voluntarias y otras forzadas, que tendría como consecuencia la transformación de las escalas que hasta entonces habían dominado el panorama económico, político y social. En este marco la nueva globalización neoliberal sería esencialmente un régimen de acumulación de capital que tiene por objeto liberar al capital de los vínculos sociales y reducir la sociedad a términos de valor, con la consecuencia de que toda la organización social es considerada más eficaz si se establece en términos de mercado¹⁰.

El fenómeno de la globalización habría afectado al mundo jurídico, donde las tendencias, aunque también diversas, estarían de igual manera muy influenciadas por las directrices económicas, siendo destacable su desarrollo mediante formas jurídicas, como por ejemplo las exigencias jurídicas del llamado «Consenso de Washington», en relación con la liberación del comercio, la privatización de las industrias y servicios, la liberación agrícola, el desmantelamiento de las agencias reguladoras, el auge de la *lex mercatoria*, la desregulación del mercado laboral, la «flexibilización» de la relación salarial, la reducción y privatización de los servicios sociales, la menor preocupación por temas medioambientales, las reformas educativas destinadas a la empleabilidad y no a la formación ciudadana, etc.¹¹.

⁹ Una aguda crítica en clave social a las exigencias derivadas de la racionalidad económica que imponen los neoconservadores, quienes utilizan como instrumentos esenciales de sus políticas la desregulación y la privatización, puede verse en DÍAZ, E., «Neocons y teocons: fundamentalismo vs. Democracia», en Rodríguez Palop, M. E., Campoy Cervera, I. y Rey Pérez, J. L. (Eds.), *Desafíos actuales de los derechos humanos. La renta básica y el futuro del Estado de bienestar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 13-36.

¹⁰ Cfr. De Sousa Santos, B. (Coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004. En concreto en la «Introducción» y el «Prefacio» de la obra, pp. 14 y 26. Y de hecho para él una de las notas destacadas de la globalización habría sido el haber consumado la convergencia entre el paradigma de la modernidad y el capitalismo, cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 13. A la vez esta confluencia habría acabado con la tensión entre regulación y emancipación, tensión que en el esquema de Santos es la que estaba llamada a provocar el progreso social en el contexto de la modernidad.

¹¹ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta/ILSA, Bogotá, 2009, el capítulo titulado «La globalización, los Estados-Nación y el campo jurídico: ¿De la diáspora jurídica a la ecúmene

De hecho las principales tendencias y los nuevos planteamientos dominantes en el mundo globalizado se derivan de las exigencias ideológicas de lo que podemos denominar en términos de Santos «globalización hegemónica», y sus manifestaciones son tanto económicas como jurídicas, políticas o culturales. No obstante esta preponderancia, existen también fenómenos globales que responden a otras lógicas distintas, y los hay que se presentan incluso como tendencias contrarias aptas para combatir los efectos antisociales de la globalización hegemónica, de manera que una descripción más completa del panorama global haría alusión a un campo en el que coexistirían fenómenos propios de una globalización hegemónica con otros de una globalización anti/hegemónica, e incluso con fenómenos globalizadores que por ser ajenos a ese enfrentamiento no serían ni hegemónicos ni contra/hegemónicos¹².

Nosotros sin llegar a sostener que la globalización en su conjunto sea un plan del neoliberalismo económico¹³, ni tampoco que exista una única corriente globalizadora que explique todos los fenómenos, habida cuenta de la variedad y complejidad de sus procesos, sí que consideramos que existen unas líneas de la globalización que configuran una parte importante de su panorama y que responden a los dictados económicos descritos, de manera que el esquema de Sousa es interesante para detectarlas y sobre todo para desvelar sus graves consecuencias antisociales.

El contexto global, en la medida en que responde a los planteamientos ideológicos hegemónicos, muestra también nuevas tendencias metodológicas, formativas y organizativas, y va a afectar y mucho en nuestro ámbito social a las enseñanzas universitarias, en la línea fundamental de someterlas a los imperativos económicos en términos de mercado, actuando en detrimento de otras visiones de la universidad y de otras funciones sociales que tradicionalmente se consideraban propias de la universidad.

jurídica?», pp. 290-453, donde se lleva a cabo una expresiva descripción de la globalización centrada en sus implicaciones jurídicas.

¹² Para Santos hay fenómenos globalizadores que no responden a los dictados del capitalismo neoliberal, o incluso que son manifiestamente alternativos y hasta resistentes, y que configuran lo que él denomina la «globalización contra/hegemónica», como los foros mundiales contra la pobreza o los movimientos ecologistas o pacifistas mundiales. A la postre Santos convierte la globalización en un campo de batalla entre tendencias que responden a la globalización hegemónica frente a otras que están inspiradas en planteamientos de emancipación y que considera contra/hegemónicos. Como puede verse en DE SOUSA SANTOS, B., *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, trad. C. Martín, Trotta, Madrid, 2014, p. 28.

¹³ Como se sostiene desde un punto de vista crítico, por ejemplo CHOMSKY, N., en *Dos horas de lucidez. Ideario del último pensador rebelde del milenio*, Península, Barcelona, 2003, trad. Zoraida de Torres, p. 78, donde se dice que la globalización «no es un proceso natural sino un fenómeno político, pensado para conseguir unos objetivos concretos». Nosotros reconducimos esta afirmación a la estrategia de la globalización hegemónica.

Respecto a cuáles son las tendencias que lo que podríamos llamar, en la terminología de Santos, la «globalización hegemónica» está intentando imponer a las enseñanzas universitarias, podemos hablar de algunas que se nos presentan con claridad a partir de una mezcla de exigencias mercantiles y laborales que se imponen frente a las académicas y sociales¹⁴. Podríamos hablar para condensarlas de una «mercantilización de la enseñanza superior». Esta mercantilización se produciría a varios niveles y a nivel estructural implica la tendencia a privatizar todo lo posible. Se trata de sacar al mercado un campo de negocio que hasta ahora estaba en buena medida en el ámbito de lo público, desde el que se resistía a dar opción a un lucro privado que ahora es el objeto de ambición por parte de los intereses económicos particulares¹⁵. Hay que partir de la idea de que desde una perspectiva económica neoliberal la enseñanza constituye ante todo un inmenso mercado, extraordinariamente atractivo para un capital ávido de nuevas áreas de valorización. Este mercado estaría ahora restringido por la consideración de la enseñanza, también de la enseñanza superior, como un servicio público, y este planteamiento sería el que habría que deshacer para lograr que la educación se convierta en «uno de los más vibrantes mercados del siglo XXI». Como señala Santos, «los analistas de la empresa de servicios financieros Merrill Lynch consideran que el sector de la educación tiene hoy características semejantes a las que tenía la salud en los años 1970: un mercado gigantesco, muy fragmentado, poco productivo, de bajo nivel tecnológico pero con una gran necesidad de tecnología, con un gran déficit de gestión profesional y una tasa de capitalización muy baja»¹⁶. Es decir, un campo abonado ideal para la expansión de negocios propios del capital privado¹⁷.

¹⁴ Como contexto, para Sousa la Universidad se encuentra en un momento complejo de resultados de estar padeciendo la convergencia de tres crisis: la de su función tradicional, al dejar de ser la que forma las élites sociales, que proceden ahora de las escuelas de negocios; la de su legitimidad, al verse abrumada por multitud de informes que cuestionan su eficacia; y la de su institucionalidad, cuando llamada a depender del Estado se encuentra con que el Estado ha dejado de creer en la Universidad pública, cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *La Universidad en el s. XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la Universidad*, CIDES-UMSA, La Paz, 2007, pp. 21 y ss. Esta situación estaría siendo aprovechada (a la par que en buena parte provocada) por la globalización hegemónica neoliberal con la finalidad de debilitar la universidad pública y establecer alternativas de enseñanza más dóciles al mercado.

¹⁵ Hay que notar que el interés en lograr la privatización se centra en conseguir explotar ese campo de negocio, y no necesita argumentarse en consideraciones respecto del servicio, su calidad, la conveniente igualdad de oportunidades, la función social, las exigencias formativas, etc.

¹⁶ DE SOUSA SANTOS, B., *La Universidad en el s. XXI...*, cit., p. 34.

¹⁷ En el campo de la explotación económica de la enseñanza universitaria no entraría solo la creación de universidades privadas, sino cualquier otro negocio posible, como los préstamos de financiación privada para los estudiantes de la universidad pública, otro de los objetivos de los agentes financieros.

A nivel ahora de la planificación de los estudios la tendencia supone en principio y, sobre todo, orientar la formación universitaria directamente al mercado laboral, dirigirla al mundo del trabajo y acabar por convertir la universidad en una especie de agencia de colocación. Una de las primeras implicaciones de esta política es el desinterés por las asignaturas formativas. Se reduce la transmisión de conocimientos y se trabajan las aptitudes, habilidades, competencias, disposición de ánimo, etc. El resultado habrá de ser una formación general baja, un conocimiento especializado que se obtiene sobre todo en los postgrados, la insistencia en habilidades y competencias muy adaptativas, para responder a un mercado de trabajo flexible, y una disposición a estar constantemente formándose, viviendo pendientes de un mercado de trabajo al que se le libera tanto de la carga de ofrecer empleos fijos como de la de disponer de una carrera profesional que el trabajador pueda hacer dentro de la empresa. La flexibilidad que se exige al trabajador es siempre flexibilidad al servicio de un mercado reformado según el prevalente interés del empleador. Nuevos conceptos como el de *resiliencia* implican la capacidad por parte del trabajador de resistir y adaptarse ante condiciones de trabajo cada vez peores¹⁸.

Para el planteamiento neoliberal la función de la Universidad es esencialmente la «empleabilidad», es decir, la de proporcionar al sector productivo y a los servicios mano de obra adaptada y muy adaptable¹⁹. Esto implica una pérdida de valor de todos aquellos saberes que no tienen una traducción inmediata en competencias profesionales, y a la par un incremento de la importancia concedida a las «competencias» o «habilidades». Y supone también la desaparición de la frontera entre formación, entendida en un sentido más amplio, y trabajo, en lo que es una manifestación más de la colonización de la enseñanza, incluida la universitaria, por el discurso económico de la productividad²⁰. En mi opinión, a estas ideas sobre el papel de la universidad responde la actual reestructuración de la organización temporal de los estudios universitarios, que implica atomizar las enseñanzas ofreciendo módulos cada vez más reducidos, lo que se observa tanto en la disminución de la duración de los grados universitarios como en la multiplicación de la oferta de cursos, postgrados y, en general, títulos

¹⁸ Sobre la actual desestructuración del mundo del trabajo a causa del planteamiento económico neoliberal, cfr. BECK, U., *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, trad. B. Moreno Carrillo, Paidós bolsillo, Barcelona, 2007, y STANDING, G., *El precariado. Una nueva clase social*, trad. Juan Mari Madariaga, Pasado/Presente, Barcelona, 2013.

¹⁹ Y en su crítica a la formación que prestan las universidades se las llega a responsabilizar incluso de lo que realmente son deficiencias estructurales del mercado laboral español, cfr. DÍEZ GUTIÉRREZ, E., GUAMÁN, A., JORGE ALONSO, A., Y FERRER, J., *¿Qué hacemos con la Universidad?*, Akal, Madrid, 2013, p. 16.

²⁰ Cuando, como ha señalado Chris Patten, rector de la Universidad de Oxford, «no deberíamos pensar en la universidad en términos utilitarios, sino como una institución fundamental para conformar sociedades libres y abiertas», cfr. la entrevista al rector en *El País Semanal*, 12 de octubre de 2014, pp. 25-28 (la cita está en la p. 28).

de corta duración con una orientación muy práctica²¹. Si bien esta multiplicación de títulos tiene también efectos positivos, nos interesa destacar la falta de estudios formativos o bases teóricas que puede suponer. Por ejemplo, lo que ha ocurrido con la disminución de la duración de los estudios de grado ha implicado una reducción de los contenidos formativos básicos. En cuanto a estos estudios, la menor duración del primer ciclo no está suponiendo, paradójicamente, una formación más general, básica o formativa, que se concentra en los primeros cursos, como hemos podido apreciar en la reforma de los planes de estudio de las Facultades de derecho, sino más bien la insistencia en los primeros de contenidos de las asignaturas prácticas de la carrera²².

A la vez, conforme al nuevo esquema se puede estudiar más tiempo, pero cuesta más dinero. Los segundos ciclos son estudios ya más llamados a la especialización profesional y de ahí que se presente como más lógico pagar por ellos. Además, el alumno puede estar estudiando indefinidamente para adaptarse a las nuevas exigencias del trabajo, lo que fomenta la idea de que no hay un trabajo fijo, tampoco para el universitario. En este contexto la globalización hegemónica hace funcionar sus sistemas de propaganda, también globales, y se expande la idea de que en un futuro próximo la gran mayoría de los empleos van a consistir en trabajos nuevos en cuanto a su contenido, con lo que se pretende descartar la posibilidad de estar ya formado de una vez por todas, a la vez que se justifica la salida de los trabajadores del trabajo y la vuelta a la formación. El hecho de relativizar la existencia de puestos de trabajo que requieran trabajadores fijos tiene en el mundo del trabajo la consecuencia de exigirle al trabajador una adaptación/flexibilidad permanente que requiere el tipo de formación del que hablamos²³.

Este planteamiento neoliberal en cuanto a la función de la universidad supone revolucionar la visión clásica de la misión universitaria y resulta muy distinto de la idea clásica de la universidad alemana que ha sido habitualmente tomada como referencia, y que se planteaba como objetivo lograr una formación integral del sujeto. Una formación profesional pero también humana y crítica, que enseñe a la persona a pensar y le permita hacerse una idea del mundo y de su lugar en

²¹ En esta tendencia se incluiría la pretensión de convertir el actual sistema, ya reducido, de 4+1 –en referencia a cuatros años de grado y uno de postgrado–, en otro de 3+2, con lo que se devaluaría aún más la formación básica.

²² Por otro lado, y al menos en nuestro ámbito, el cada vez más frecuente fenómeno de las dobles titulaciones es otro buen ejemplo del auge del interés práctico que puede suponer la desatención de los conocimientos más formativos.

²³ A la vez que se acelera el ritmo de la formación y se argumenta que el conocimiento aumenta a una velocidad tal que hace que una generación ya tenga que cambiar de paradigma, o se dice que al producirse los ciclos de renovación del conocimiento en un periodo inferior al de la vida de las personas ello determina la necesidad de formación continuada.

él. La formación general, la comprensión de las cuestiones de sentido, la ubicación del sujeto en la sociedad y en el mundo, que era un móvil clásico, no parece ahora estar presente entre las prioridades de la universidad. Esta formación queda reservada para ser facilitada en otros espacios más exclusivos. La educación no está llamada a realizar una labor de formación ciudadana²⁴, y la socialización de valores se realiza desde otras instancias como las redes sociales o los medios de comunicación de masas para el gran público e instituciones liberales para las élites²⁵. La formación integral de personas cultas, capaces de comprender el sentido de la vida y el funcionamiento del mundo, así como el desarrollo del pensamiento, y especialmente del pensamiento crítico, ha de dejar de estar en la educación pública superior y debe pasar a recluirse en centros y escuelas privadas de formación. Parecería que en una sociedad extremadamente liberal no puede ser una institución pública la encargada de socializar la ciudadanía ni formar a sus élites.

Otra tendencia del planteamiento hegemónico global en relación con la universidad parece que tiene que ver con el espacio, y supondría algo así como un intento de desubicar, de desespacializar la realidad universitaria. Nadie duda de los componentes positivos de la internacionalización universitaria, pero en este caso el planteamiento va más allá para convertirse conceptualmente en otra cosa, y resulta tener connotaciones problemáticas. Al menos en dos sentidos las tendencias del proyecto neoliberal afectarían a la relación de la universidad con el espacio: primero al desnacionalizar y luego al virtualizar. Son dos cambios importantes en cuanto afectan a dos componentes clásicos del modelo universitario: por un lado, el carácter nacional de las universidades, configuradas en el momento de su modernización al servicio de la nación; y, por otro, su componente presencial, en el sentido de encarnar una comunidad universitaria de convivencia física en un determinado espacio. Históricamente las referencias espaciales de la universidad eran la nación y la propia comunidad universitaria, que se remitía al campus propio como espacio físico privilegiado. Sin ánimo de entretenerme en este punto sí que me gustaría recoger alguna idea.

En cuanto a la desnacionalización, Santos va a ver aquí otra manifestación del interés del capitalismo global por desarmar la universidad pública, y se refiere a la manera en que la universidad estuvo

²⁴ Política que se observa también en España en otros niveles educativos, como por ejemplo en las resistencias a incorporar la asignatura de educación para la ciudadanía en los estudios básicos.

²⁵ Las actuales élites son empresariales, económicas y financieras, y configuran su formación y su ideología al margen del mundo de lo público, con frecuencia en universidades privadas, escuelas de negocios, blogs de pensamiento, etc., en un entorno profesional muy sesgado ideológicamente, o incluso en el seno de grupos de presión empresariales o financieros, o en las fundaciones que dependen de ellos y que cuentan con sus propios recursos formativos.

siempre ligada, en todos los países, a la construcción de un proyecto de nación, comprometida con el desarrollo del país de que se trate. Pues bien, esta función sería contraria a la lógica del capitalismo globalizador, que concibe los proyectos nacionales como obstáculos a la expansión del capitalismo global y que piensa que el proyecto nacional legitima lógicas de producción y reproducción que tienen como referencia espacios nacionales, naturalmente celosos de su autoridad y potencialmente contrarios a los intereses del capitalismo global²⁶. Además, la tendencia a desvincular a la universidad de la nación tiene que ver con el intento de privarla de su carácter público, ya que la universidad nacional se vincula, mediante el desarrollo de políticas públicas, al interés general del país.

En cuanto al segundo aspecto, la esencia espacial de la universidad tiene que ver también con su carácter relacional, que se materializa en el campus como espacio físico real. La actual insistencia en las enseñanzas virtuales, también para los estudios universitarios, en la medida en que implica la supresión de las clases presenciales es el contra ejemplo de un modelo ideal. La clase es un lugar físico de encuentro entre el profesor y los alumnos, donde es esencial la interacción. Una interacción que en el entorno universitario es tanto la del profesor con los alumnos como la de los alumnos entre sí. La presencia del profesor aporta multitud de recursos pedagógicos con los que no cuentan los textos ni las imágenes de la realidad virtual. Las relaciones de los alumnos entre sí, de competencia, de colaboración, de amistad, también resultan vitales en esta etapa de formación. La universidad es en gran medida un hábitat, un entorno de convivencia humano con funciones formativas. Frente al mundo global de las enseñanzas virtuales, la noción ideal del campus universitario debe ser salvaguardada, ya que, como espacio físico de convivencia real entre jóvenes que se forman en condiciones de igualdad y libertad, adquiriendo valores humanos y competencias profesionales para su desarrollo personal, es un ámbito formativo de valor incalculable.

3. LA MISIÓN DE LA UNIVERSIDAD

En el debate en torno a la cuestión universitaria que se nos plantea hoy en día ha de estar presente la pregunta sobre cuál es la misión de la universidad, y en ocasiones se echa de menos una reflexión más profunda sobre el sentido de la educación y su institucionalización. Evidentemente, la cuestión no puede resolverse solo en términos económicos, por más completos y atractivos que estos sean. Empleo, crecimiento, innovación, etc., son referentes en este campo que no resultan suficientes para agotar la cuestión del sentido. Es evidente que

²⁶ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *La Universidad en el s. XXI...* cit., pp. 46 y ss.

algo les falta a estas respuestas para resultar satisfactorias, y lo que les falta tiene que ver con conceptos tradicionalmente vinculados a la universidad como formación, cultura, sociedad, humanidad, civilización...

Sin duda la Universidad es una realidad histórica que se configura en relación con los contextos sociales²⁷, y por ello cabe el replanteamiento de sus funciones. Pero esto no debe suponer abandonar referencias clásicas que siguen siendo valiosas. En concreto me refiero a la idea clásica conforme a la cual la misión de la universidad es la formación integral del sujeto en el contexto de la sociedad. Una sociedad que ha de entenderse hoy en día atendiendo al contexto globalizado. La referencia habitual en este campo ha sido tradicionalmente la idea alemana de *Bildung* que incluye la formación profesional especializada junto con la madurez del individuo, formado en conocimientos generales que le permitan tener una visión de la realidad dotada de sentido; tanto de la realidad que le rodea como de la mayor realidad posible de su entorno, lo que le haría ser consciente, como persona culta, del lugar que ocupa en la sociedad y en el mundo²⁸. En su origen, el concepto de *Bildung* tiene que ver con la idea propia del idealismo alemán de que el conocimiento puede considerarse un todo sistemático, y de que, por lo tanto, puede existir detrás de él una concepción

²⁷ Cfr. GINER DE LOS RÍOS, F., *Escritos sobre la Universidad Española*, Colección Austral, Madrid, 1990, p. 108.

²⁸ Sobre la idea alemana de *Bildung* en los planteamientos educativos, cfr. ABELLÁN, J., «La idea de universidad de Wilhelm Von Humboldt», en De Oncina Coves, F. (Ed.) *Filosofía para la Universidad, Filosofía contra la universidad (de Kant a Nietzsche)*, Dykinson, 2008, pp. 273-296. Para Humboldt el centro de preocupación y la raíz del desarrollo social es la persona y por eso merece la atención principal. Cada persona es un proyecto de vida que se ha de desarrollar, y por ello hay que formar al hombre de manera individual, tanto racionalmente como desde la perspectiva de los afectos y la imaginación. El sujeto ha de desarrollarse de una forma armónica y debe proyectar esa armonía a sus relaciones con la comunidad y el mundo, cfr. *Ibidem*, p. 276. Si esta es la misión de la educación desde los inicios del ciclo educativo, en la universidad la tarea es igualmente la de formar la personalidad del estudiante, más allá de la formación profesional, capacitándole para enfrentarse a las contingencias de la vida de manera autónoma. «El camino que el individuo tiene que andar hacia su meta ideal individual lo llama Humboldt “proceso de formación” (*Bildung*)» 290. Esta finalidad de la educación superior está en sintonía con su idea de la ciencia, ya que para Humboldt: «La meta de la ciencia no radica en su utilidad social ni en sus posibilidades de aplicación... La transformación de la persona es en definitiva la meta de la ciencia» cfr. *ibidem*, p. 284. Una exposición del modelo humboldtiano, presentada en oposición al modelo de enseñanza superior napoleónico, puede verse en MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Libertad de cátedra y pensamiento jurídico formalista», en *Los derechos fundamentales y libertades públicas* (I), Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, Vol. II, pp. 1293-1321. Sobre la enseñanza universitaria en España en esa época y cómo respondía a un criterio distinto tanto del alemán como del francés, cfr. CLAVERO, B., «Arqueología constitucional: Empleo de la universidad y desempleo del derecho», en *Quaderni Fiorentini per la storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 21, pp. 37-87. Para Clavero la misión de las enseñanzas de derecho de esa época habría sido inculcar a la ciudadanía el nuevo orden jurídico fruto del liberalismo.

de sentido que deberá ser conocida y que aportaría la filosofía, de ahí la necesidad de formarse en esta disciplina para adquirir una capacidad de comprensión integral. Sin duda los actuales postulados científicos, con la crisis de las ideas de fundamento y de unidad del conocimiento dejan este planteamiento pendiente de un hilo. Pero no del todo, ya que tanto la pregunta sobre la cuestión del sentido como la necesidad de buscar un objetivo a la formación científica y en general a la formación especializada siguen ahí, así como también la idea de la necesidad de la formación en relación con la ciudadanía, la pertenencia social o la condición humana, y por eso la necesidad de una relectura de la idea de *Bildung*²⁹.

Al respecto y para comenzar, habría que insistir en el concepto de formación a la hora de plantearnos el fin de la universidad, para luego llevar a cabo una actualización de la idea tendente a reforzarlo. En este punto puede ser útil tomar como referencia el pensamiento de Ortega, para quien son tres las funciones que debe desarrollar la universidad: la transmisión de la cultura, la enseñanza de las profesiones y la investigación científica. Tomemos la referencia a la cultura como el elemento que interesa destacar una vez reconocidos los otros dos. Ortega considera la cultura como una exigencia vital, una exigencia de la vida. La vida, además de la realidad radical, es un caos en el que el hombre se siente perdido y ante el que ha de reaccionar asumiendo «ideas claras y firmes sobre el Universo, convicciones positivas sobre las cosas y el mundo»³⁰. A la persona le es imprescindible para vivir forjarse una interpretación intelectual tanto del mundo que le rodea como de su posición y de su conducta ante él. Para Ortega este esquema de ideas con el que el hombre pretende dotar de sentido a la vida es la cultura, y facilitar su representación es «la tarea universitaria

²⁹ Hay que tener en cuenta que el idealismo alemán se plantea también, como misión del conocimiento universitario, «elevant la cultura moral de la nación», cfr. LEYTE, A., «Hegel y los orígenes de la universidad contemporánea desde su crisis actual», en De Oncina Coves, F. (Ed.), *Filosofía para la Universidad, Filosofía contra la universidad (de Kant a Nietzsche)*, cit., pp. 233-251 (la referencia está en la p. 250). Sobre la presencia de la idea de formación en el campo jurídico el profesor Pérez Luño ha señalado que «la nueva formación jurídica (*die neue juristenausbildung*) propugnada en Alemania por los inspiradores del *Lochner Entwurf*, sitúa como meta de la reforma de los Planes de Estudio de las Facultades de Derecho la formación de un jurista crítico que actúe racionalmente, esto es, consciente de la realidad social en que vive, y que reflexiona sobre su propio papel, así como sobre el que corresponde al Derecho (Wietholter)», y sigue diciendo: «se advierte, por tanto, que cualquier propósito renovador tendente a propiciar un modelo de jurista reflexivo, crítico y plenamente consciente de sus responsabilidades precisa reafirmar el papel de las enseñanzas iusfilosóficas en las Facultades de Derecho», PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Merigabum, Sevilla, 1999, p. 242.

³⁰ ORTEGA Y GASSET, J., *Misión de la Universidad y otros ensayos afines*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1975, p. 39. Y para él vivir a la altura de los tiempos es tanto como vivir a la altura de las ideas de los tiempos, lo que implica tener una idea de las líneas generales que desarrolla el pensamiento.

radical»³¹. Este enunciado sobre la necesidad de la cultura podrá resultar tan rimbombante como se quiera, pero no deja de ser una pretensión formativa esencial. Siendo misión de la universidad contribuir a la mejor conformación de esa representación vital, para esta formación serían elementos importantes unos conocimientos básicos generales y un espíritu analítico y crítico para comprender y evaluar también las realidades sociales. Si en el modelo formativo clásico una parte esencial de la formación del estudiante es, junto a los conocimientos técnicos y las habilidades generales, abordar las claves del sentido de su vida y de su papel en el mundo y en la sociedad, esas exigencias formativas reclaman dar al estudiante unas referencias sobre el mundo en el que vive, el sistema social, el del pensamiento, el sistema político, el sistema económico. Una formación que puede ser dada en muchas carreras y desde distintas disciplinas, y a partir de contenidos diversos, y que se nutre también del ambiente universitario en cuanto este implica convivencia, estudio, investigación y crítica. En este contexto, puede servirnos para dar un paso más en el campo que nos afecta la idea de Derrida cuando sostiene que la misión de la universidad, y especialmente la de sus estudios de humanidades, consiste en pensar, desde un punto de vista no contaminado por intereses espurios, sobre el hombre, la justicia, la verdad, la historia o los derechos humanos³². Hay que mantener viva la pretensión de construir una representación racional de las cuestiones que nos preocupan y contrastarla con la realidad, poniendo de manifiesto los factores determinantes y descartando las mentiras y las verdades aparentes³³. Hay que oponerse a una representación fragmentaria del mundo, de la realidad y de los sujetos, que es propia de los tiempos postmodernos y que facilita los mecanismos de dominación al otorgar la gestión de la construcción global a otros que sí piensan globalmente. Y la ventaja

³¹ *Ibidem*, p. 42.

³² Cfr. DERRIDA, J., *La Universidad sin condición*, trad. Cristina de Peretti y Paco Vidarte, Mínima Trotta, Madrid, 2002. Precisamente para Derrida la Universidad pública se caracteriza por su diferencia respecto de todas las instituciones de investigación que están al servicio de finalidades e intereses económicos de cualquier tipo, y la opción frente a ella es una universidad controlada o «patrocinada» por intereses comerciales e industriales. cfr. *ibidem*, pp. 16 y 17. Ello es especialmente importante en un contexto en el que cada vez más se presenta como conocimiento lo que es esencialmente publicidad (por ejemplo, informes académicos o científicos que promocionan productos o servicio), pero lo es también a nivel general. En este punto la defensa de la autonomía de la ciencia se convierte en un objetivo esencial y entonces se ha de ser consciente de que tal defensa no puede realizarse apolíticamente. Como señala Habermas, «una politización de la ciencia, en el sentido de autorreflexión de la ciencia, no es sólo legítima, sino que representa también la condición de una autonomía de la ciencia que ya no puede preservarse hoy apolíticamente», HABERMAS, J., «Democratización de la enseñanza superior: ¿Politización de la ciencia?», en *Teoría y praxis*, trad. S. Mas y Carlos Moya, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 351-359.

³³ Tarea del pensador social en la que insistirá mucho CHOMSKY, N., *Dos horas de lucidez. Ideario del último pensador rebelde del milenio*, cit., p. 136.

de la universidad pública en esta misión es su capacidad de hacerlo al margen de intereses particulares.

Hay que hacer consciente al sujeto de que el mundo en que vive está marcado por un sentido al que tiene que acceder su conocimiento para tomar posición en relación con unas lógicas que determinan su existencia. Se trata de permitir al sujeto colocarse por encima de sí para contemplarse desde fuera en su contexto con una perspectiva más completa. La labor no es de adoctrinamiento, ya que la posición personal ante el sentido descubierto será una elección propia del sujeto, sino esencialmente de comprensión, de descubrimiento, de desvelamiento, de deshacer nieblas, trampantojos, falsas apariencias. Y si la Filosofía del derecho es una reflexión sobre el derecho desde fuera del derecho, que busca sentidos y aporta perspectiva, que relativiza, explica, contextualiza, permite la crítica y abre la puerta a la alternativa, su trabajo encaja bien en esa pretensión³⁴. En nuestro campo jurídico, y desde la Filosofía del derecho, desarrollarlo es tanto como hablar del sentido del derecho, de las teorías de la justicia, del sistema político y la legitimidad, de la esencia de la democracia o de la amplia problemática de los derechos humanos. La labor pasa entonces por ubicar a los alumnos en el mundo jurídico, situarles conociendo las referencias geográficas más importantes de su posición. Por un lado, los paradigmas más importantes del pensamiento de los juristas y la forma en la que funciona su racionalidad; por otro, mostrándoles la realidad jurídica, su papel en la vida, su interacción con la realidad social y sus condicionantes y su desenvolvimiento; y también mostrándoles las distintas representaciones sobre la justicia. Así pues, se trata de hablar de la realidad, del pensamiento, y de las alternativas, para que puedan no sólo conocer sino también enjuiciar, tener opciones, pensar críticamente y configurar su propio criterio. A ello volveremos más adelante.

4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. EL PROCESO DE BOLONIA

La enseñanza universitaria ha vivido en España tiempos difíciles. En el panorama reciente han coincidido los ajustes derivados de la adaptación al proceso de Bolonia, con sus cambios de titulaciones, planes de estudio, sistema de créditos, duración de los estudios, etc.; los cambios relativos a la situación de los profesores, con constantes variaciones en los sistemas de acceso y los modelos de carrera profe-

³⁴ Tradicionalmente la función de las asignaturas de derecho natural y Filosofía del derecho se había cifrado en su capacidad para proporcionar al estudiante elementos críticos y puntos de vista integrales para enjuiciar a las ciencias jurídicas parciales, cfr. PECES-BARBA, G., «La enseñanza de la Filosofía del derecho», en *La filosofía y la enseñanza del derecho*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 5, 1982, pp. 99-110 (la referencia está en la p. 103).

sional, tendentes a reducir el funcionariado; el aumento exagerado de las exigencias burocráticas y protocolos que persiguen a los profesores; y los efectos de una crisis económica que en su gestión por parte del gobierno se resuelve en una pérdida de financiación para las universidades públicas y de becas para sus estudiantes. Todo ello en el marco de constantes cambios normativos en materia educativa cuya coherencia es difícil de determinar, y cuyo principal efecto es crear una sensación de pesimismo en cuanto a la existencia de una política adecuada para la universidad.

En España la realidad universitaria de los últimos años ha estado marcada por el llamado proceso de Bolonia, ideado para reorganizar el sistema universitario europeo según criterios de modernización y armonización³⁵. Este proyecto, pese a sus ambiciosos planteamientos iniciales habría acabado por adoptar más bien las líneas generales de lo que hemos definido como globalización hegemónica aplicada al campo universitario, convirtiéndose esencialmente con sus resultados en la manifestación de una visión de la universidad que hace primar consideraciones esencialmente económicas. Es cierto que las primeras declaraciones formuladas por los artífices del proceso de Bolonia insisten en que la creación del Espacio Europeo de Educación Superior debe estar guiado por los valores europeos, y que ha de ser también un espacio social y cultural; que consideran la educación como un bien público y que insisten en la responsabilidad de los Estados en materia universitaria para obtener por medio de ella una mayor cohesión social y una mayor igualdad de oportunidades, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida y reducir la desigualdad³⁶. Pero en la práctica, al menos en España, sus efectos se están reduciendo a la concreción de los objetivos más economicistas del proceso: como la homologación de títulos para facilitar la circulación de trabajadores,

³⁵ Al proceso de Bolonia se refiere LINDE PANIAGUA, E., *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en pesadilla*, Cuadernos Civitas, Pamplona, 2010. Con la expresión proceso de Bolonia se refiere a una serie de hitos que han intentado unificar algunas de las características de la enseñanza superior en el viejo continente desde el año 1988 en que se celebró el 900 centenario de la universidad de Bolonia y se redactó la llamada *Magna Charta Universitatum*. El proceso ha atravesado por diversas etapas: el entusiasmo inicial, la implantación de algunas de sus previsiones, el olvido de otras, los logros, los fracasos y las críticas. En el momento actual, según creo marcado por un cierto agotamiento, parece que se ha dejado de hablar del proceso de Bolonia, pero la situación que ha creado parece haberse estabilizado y aunque se cuestiona, no se llega a considerar en crisis. Tampoco se desarrollan las cuestiones pendientes de contenido más social, ni aparecen maduras otras alternativas.

³⁶ Cfr. SALOMON, L., DELGADO, A. M., y OLIVER, R., «La formación jurídica en el futuro contexto universitario europeo», en García San José, D. (Coord.), *Innovación docente y calidad en la enseñanza de ciencias jurídicas en el espacio europeo de educación superior*, Ediciones Laborum, 2007, pp. 25-45 (la referencia está en las pp. 28-30). Parece darse el caso de la típica retórica progresista acompañada de una práctica política neoliberal, lo que podría permitirnos hablar de cierto cinismo en todo este proceso. Se nos presenta así un trampantojo que no debe permitir que se cortocircuiten las posibilidades de reaccionar críticamente.

la organización de los estudios encaminada a la formación para el empleo, la disminución de la duración de los grados o la devaluación de las disciplinas formativas. Precisamente los principales objetivos planteados en la declaración de la Sorbona³⁷ irían en esa dirección: establecer una distinción comparable en Europa de los estudios de grado y postgrado; imponer estudios estructurados en semestres, que luego serán cuatrimestres; medir el trabajo del alumno por créditos homologados para facilitar la circulación y validación de títulos; y facilitar el acceso a estudios universitarios en cualquier momento de la vida profesional. Sobre los contenidos de las enseñanzas la declaración se manifiesta a favor de la pluridisciplinariedad, las lenguas vivas, la movilidad estudiantil, las nuevas tecnologías y una oferta amplia de enseñanzas que requeriría más grados para adaptarse mejor al mercado laboral. En suma: un espacio de movilidad con títulos fácilmente reconocibles y convalidables y muy orientado al mundo profesional.

En España la implantación del proceso de Bolonia ha sido compatible con una disminución de los presupuestos públicos destinados a la educación superior, lo que deja en evidencia la quiebra del modelo, por ejemplo, en lo relativo a la mayor atención al alumno, e igualmente ha sido compatible con un aumento de los costes de la educación superior para los estudiantes. A la vez, se ha disminuido la cuantía de las becas y ha aumentado el número de universidades privadas aprovechando la multiplicación de los títulos. También en relación con la evolución del proceso parece olvidada la necesidad de incluir contenidos europeos en los nuevos *currícula*, o la de articular enseñanzas que contribuyan a socializar la ciudadanía europea, difundiendo los valores o la cultura europea en los planes de estudio universitarios, con lo que se deja pendiente la que debería ser una tarea esencial del proceso de integración europea. Una tarea que se nos antoja necesaria y previa a planteamientos posteriores de desarrollo de la integración que ya están demandando una mayor cohesión cultural entre los ciudadanos de la Unión que les sirva de base. A este respecto, y ya a nivel europeo, el que en la puesta en marcha del nuevo modelo educativo universitario común esté tan presente la preocupación economicista, mientras que no se encuentra en él un hueco para las aspiraciones formativas, en clave de valores, cultura, civilización europea, etc., es un dato tan revelador como decepcionante³⁸.

³⁷ Declaración firmada en París por los ministros de educación de Francia, Italia, Alemania y el Reino Unido en 1998, y que tenía una finalidad muy concreta y práctica, hacer realidad el mercado único europeo resolviendo sus implicaciones educativas. Persiguiendo estos objetivos deja por el camino las pretensiones más formativas. Una crítica al modelo en lo que se refiere a los estudios de humanidades puede verse en. LLOVET, J, *Adiós a la Universidad. El eclipse de las humanidades*, Galaxia Gutenberg, Barcelona 2012.

³⁸ Y que se justifica argumentando que las políticas educativas son competencias nacionales y no competencias de la Unión.

En general el modelo de universidad que se está desarrollando en el marco del proceso de Bolonia parece orientarse más bien al de una universidad al servicio de la formación para el empleo. Este modelo se manifestaría también en el énfasis que se pone en las aptitudes y el aprendizaje frente al conocimiento³⁹. De hecho, se habla del paso del paradigma del conocimiento al del aprendizaje, y se insiste en la formación en competencias. En general, el nuevo modelo, que pivota en torno al tándem aprendizaje/competencias, implica también una reducción de los conocimientos, y aún más de los conocimientos generales con mayor carga formativa, ciudadana y crítica⁴⁰.

A la vez es interesante destacar que la implantación del nuevo modelo universitario ha pasado por una crítica previa a la situación de la universidad española de la que hay que separar lo real de lo que responde a un planteamiento ideológico. Al respecto es un hecho que el pensamiento neoliberal hegemónico a nivel global extiende episódicamente su crítica de todo lo público a la universidad y, después de calificarla como ineficaz, propone desatenderla económicamente abocándola a la financiación privada, a la vez que incentiva la creación de universidades privadas más acordes con su modelo⁴¹. El objetivo pasa por conseguir que la universidad pública deje de verse a sí misma como una institución pública, dependiente del Estado, y social, con las implicaciones que lleva aparejada esta renuncia: abandonar el interés general, la preocupación por la formación ciudadana o el intento de socialización de valores públicos.

Por ejemplo, en nuestro país el plan neoliberal se apoya en una crítica que distorsiona o directamente falsea la realidad de la Universidad española, y se la acusa de ser ineficaz, cara y mediocre, cuando

³⁹ Una exposición de la forma en que los planes de estudio de las disciplinas jurídicas habían de adaptarse a las nuevas tendencias puede verse en SÁNCHEZ-RODAS, C., «La investigación en ciencias del trabajo y de la Seguridad Social y Espacio Europeo de Educación Superior: retos para la Universidad del s. XXI», en García San José, D. (Coord.), *Innovación docente y calidad en la enseñanza de ciencias jurídicas en el espacio europeo de educación superior*, cit., pp. 217-228, donde se concluye que «tendremos que centrar nuestra oferta de enseñanza en adquisición de competencias profesionales valoradas en el mercado laboral, en lugar de en la sola adquisición de conocimiento por parte del estudiante. Ofertar otras oportunidades de aprendizaje distintas al aula y a los laboratorios para adquirir esas competencias (prácticas en el mercado laboral, trabajos académicamente dirigidos o tutelados, trabajos de campo, etc.). Reducir significativamente las clases presenciales y la cantidad de contenidos a transmitir a los estudiantes. Evaluar los resultados obtenidos por los estudiantes por otros medios diferentes a los exámenes de papel y lápiz. Estimar el tiempo de trabajo de los estudiantes para la adquisición de las competencias en nuestras materias», *ibidem*, p. 227.

⁴⁰ Por ejemplo y para los estudios de derecho, GARCÍA PASCUAL, C., *El buen jurista. Deontología del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 15, sostiene que los estudios de grado, pese a su carácter introductorio, carecen de la suficiente presencia de asignaturas formativas.

⁴¹ Seguimos en este punto el análisis de DÍEZ GUTIÉRREZ, E., GUAMÁN, A., JORGE ALONSO, A., y FERRER, J., *¿Qué hacemos con la Universidad?*, cit.

los estudios internacionales muestran que nuestra educación superior y producción científica es equiparable a los países de la OCDE, y ello pese a que la inversión en España es un 20% inferior (el Estado español solo dedica el 1,1 % del PIB a la educación universitaria, mientras que los Estados Unidos dedican el 3% y la media de la UE-15 es más del 2%)⁴². O se dice también que en España sobran universidades, cuando tenemos en nuestro país una universidad por cada 582.000 habitantes, mientras que en USA hay una por cada 94.000, en el Reino Unido una por cada 253.000, y en Alemania una por cada 223.000⁴³. Se ignora, por ejemplo, la realidad de la investigación en España, que es realizada por la universidad pública en un porcentaje abrumador –con la ventaja que esto supone en cuanto al aprovechamiento público de la investigación–; y, por supuesto, no se le reconocen a la universidad algunos logros sociales de gran valor, como el haber sido desde los años setenta un factor muy importante de nivelación social al conceder oportunidades de formación a muchos jóvenes con independencia de su origen social, gracias a su carácter público, a su alta tasa de admisiones, a la política de becas y a la calidad de sus enseñanzas y de su formación profesional. La justicia social y la igualdad de oportunidades en España han tenido un promotor decisivo en la universidad pública. Esto puede seguir siendo así o no. Dependerá de las convicciones ideológicas y del resultado de las luchas políticas. Y de la posición que adopten profesores y alumnos en esas luchas.

Es cierto que la universidad pública arrastra muchos defectos, señaladamente su endogamia, la mejorable proyección internacional y hasta podría hablarse de una descoordinación con el mercado de trabajo. Pero los esfuerzos que se están haciendo en estos campos son importantes, como por ejemplo en los aspectos del control de la actividad del profesorado, de la adaptación de los planes de estudios a las exigencias sociales, de la financiación por proyectos, de la internacionalización, etc. Al desarrollo de todas estas mejoras le debe acompañar la preocupación por mantener la misión formativa que hemos dicho debe caracterizar a la universidad. Y en todo caso, sin perjuicio de que se le siga exigiendo que corrija sus disfunciones organizativas y sociales, y por las razones que venimos presentando y otras en las que insistiremos, el modelo público de enseñanza superior debe ser mantenido y promocionado. Este modelo público debe ir acompañado de un ideario sobre la misión de la universidad que se centre en los intereses generales y las funciones sociales, incluyendo la pretensión formativa. La misión de la universidad no puede ser simplemente la de adaptarse a las demandas laborales según las exigencias del mercado, y la universidad no puede funcionar como una agencia de colocación

⁴² Cfr. *ibidem*, pp. 7 y 29.

⁴³ Cfr. *ibidem*, p. 55. La cuestión clave como trasfondo de esas críticas es que hay un mercado de la educación mundial cuyo importe ha cifrado la UNESCO en 2 billones de dólares al año, que resultaría muy interesante privatizar, cfr. *ibidem*, p. 66.

orientada a contenidos exclusivamente profesionales⁴⁴. Nunca lo ha sido y no debe convertirse en eso. El planteamiento neoliberal opera una desustancialización de la función de la universidad e implica someterla a la lógica del mundo del trabajo a la luz de los intereses del capital. Pero el tipo de formación que ha de ofrecer no es solo esa, y la formación no es solo empleabilidad. Y se debe tener en cuenta además que siempre han existido otros medios o procesos, más próximos al mundo del trabajo, pensados para lograr la adaptación final del estudiante al mercado laboral.

Por otro lado, el modelo neoliberal tiene sus propias recetas para las universidades públicas, a las que intenta reconducir al formato privado al menos en tres cuestiones esenciales: en su modo de gestión, intentando imponer una dirección menos académica; en la organización de la carrera profesional, favoreciendo la pérdida de la condición de funcionario público del profesorado⁴⁵; y en su financiación, sacándola en la mayor medida posible del ámbito público. En España el nuevo modelo neoliberal contó con una cierta formalización en el informe preparado para el ministro Wert sobre la Universidad española⁴⁶. Dicho informe insiste en orientar la finalidad de la universidad al mercado de trabajo, sin referencias a otras funciones sociales de la institución; contempla una financiación privada cada vez más importante, lo que permite, aparte de un desentendimiento de la universidad por parte de los organismos públicos, una dependencia de la universidad de sus patrocinadores privados; se decanta por un funcionamiento interno de tinte gerencialista⁴⁷, proponiendo incluso la elección del rector no ya por la comunidad universitaria, sino por un Consejo

⁴⁴ Cfr. la entrevista a Emilio Lledó en el diario *El Mundo* de fecha 14 de junio de 2015, donde el autor dice expresivamente: «Mire, esta mañana, mientras desayunaba, escuchaba un anuncio de una universidad que decía que sus profesores trabajaban en empresas, y que cuando los chicos acaben ya estarán colocados. Eso es la muerte de la universidad. Dejemos a los muchachos que se apasionen, no les obsesionemos con que tienen que ganarse la vida». La atmósfera de la buena formación universitaria, la motivación y hasta la pasión por el conocimiento, o la falta de urgencias prácticas a corto plazo, subyace a las palabras de Lledó.

⁴⁵ Sobre la evolución del profesorado universitario en España pueden consultarse datos interesantes relativos a su número, el porcentaje de funcionarios, la media de temporalidad de los profesores, el envejecimiento de la plantilla, etc. en la página del Observatorio del Sistema universitario catalán, www.observatoriuniversitari.org/es/, que recoge en sus informes datos de todo el Estado, y que avalan la tendencia expuesta. También interesante un artículo de prensa en el periódico digital *eldiario.es* de SANCHEZ CABALLERO, D., titulado «Los recortes dejan las plantillas universitarias envejecidas y precarizadas», de fecha 15/6/2017.

⁴⁶ El informe denominado *Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español* fue entregado al ministro el 12 de febrero de 2013, y puede consultarse en la página del Ministerio de Educación.

⁴⁷ Como señala Santos la intención es que «el poder de una universidad debe descenderse de los docentes para dirigirse a los administradores entrenados para promover alianzas con los agentes privados», DE SOUSA SANTOS, B., *La universidad en el siglo XXI...*, cit., p. 36. Para Sousa uno de los principales objetivos de la ofensiva liberal privatizadora de la universidad son los profesores, ya que la libertad académica

Social formado por universitarios, pero también por representantes sociales, e incluso con una importante presencia de actores políticos; y avala una pérdida progresiva del carácter funcional del profesorado. Elemento este también esencial para coartar la libertad profesional y crítica de los profesores universitarios.

En este punto la figura del profesor universitario merece una referencia especial. El profesor universitario, funcionario público y dotado de libertad de cátedra, es otra de las presencias molestas para la tendencia globalizadora hegemónica. Y no por casualidad. Este profesor tiene un marco institucional, una formación y una posición económica que le permiten pensar al margen de los intereses económicos globales y también de los intereses puramente privados, y es por lo tanto un enemigo potencial de sus pretensiones. De ahí que, como hemos visto, los modernos proyectos de reforma aboguen, por ejemplo, por la dirección gerencial y no académica de las universidades, así como por la desfuncionarización del profesorado. En este sentido, ya señaló Hegel que el funcionario, que él define como «clase universal» por estar al servicio de los intereses generales, debería tener un sueldo público suficiente para evitar que su dedicación a los intereses generales fuera sobrepasada por la falta de medios necesarios para la subsistencia y ello le condujera a acudir a otras fuentes de ingresos y a la defensa de otros intereses⁴⁸. La independencia derivada de esta «satisfacción de su particularidad», gracias a un salario público, es lo que resulta un obstáculo para las tendencias neoliberales, ya que da al profesor capacidad para actuar libremente según su conciencia y responsabilidad. La independencia y seguridad económica, junto con la libertad de cátedra, permiten al profesor universitario convertirse en un trabajador libre, independiente y potencialmente comprometido con las tareas intelectuales y sociales emancipadoras, apoyado por una fuerte tradición, un conocimiento específico y un entramado institucional, cuyas capacidades críticas son muy difíciles de controlar. Como se ha dicho, «nosotros, los profesores universitarios, desde nuestras instituciones descentralizadas, dotadas de una economía difusa, y desde nuestro embrollo, algo arcaico de tradiciones y prerrogativas, hemos manifestado, según parece, más resistencia pasiva al replanteamiento de las prácticas laborales en torno a las abstracciones del beneficio y del mercado. Para muchos de nosotros, profesores universitarios, todavía es sorprendentemente cierto que nuestro trabajo se divide más por la orientación de nuestras tareas (trabajamos en un libro hasta que está terminado, explicamos conceptos a los alumnos hasta que los entienden) que por la disciplina horaria draconiana; que

es vista como un obstáculo para someter a la universidad al mundo de la empresa. De ahí la opción por gestores no académicos.

⁴⁸ Cfr. HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del derecho*, trad. Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1999, pp. 442-443 (referencia 294, dentro del apartado dedicado a «El Estado»).

aquello que producimos se describe y juzga tanto en términos de calidad como en términos de cantidad; que la expresión del afecto ocupa un lugar respetable y que existe una permeabilidad intelectualmente productiva de los límites entre el ámbito público y el privado; que existen oportunidades para trabajar en equipo; y, más importante aún, que podemos invertir gran parte de nuestro trabajo remunerado en proyectos que nosotros mismos hemos concebido y que están relacionados con cuestiones cuya urgencia e interés exigen la atención de nuestras mentes, imaginaciones y conciencias»⁴⁹. Este planteamiento refleja bien la situación del profesor, especialmente cuando es funcionario público, y su capacidad para ejercer como una referencia libre y crítica cuando cuenta con un contexto adecuado. Tanto la defensa de ese entorno, como del estatus de ese profesor, consciente de su condición y dispuesto a ejercerla, son condiciones para que la universidad siga cumpliendo la función intelectual que idealmente la corresponde.

5. EL PAPEL DEL DERECHO Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Sin duda la relevancia social de los estudios de derecho tiene que ver con la importancia que el derecho ha tenido tradicionalmente como elemento de configuración social. A este respecto debemos empezar señalando que el derecho ya no es lo que era como factor configurador del modelo social⁵⁰. En la modernidad el derecho jugó el papel protagonista a la hora de dar forma a la realidad para adecuarla a unos principios racionales de orden y justicia impulsados por las estructuras políticas y de pensamiento. Hoy la realidad es distinta y el derecho ha perdido gran parte de su proyección social, tanto en el nivel de la prevalencia de sus principios como en el de la presencia de su lógica estructural para el desarrollo de los principios propios de otras disciplinas⁵¹. Además, en el pasado la prioridad del derecho

⁴⁹ KOSOFSKY, E., «A (Queer) y ahora», en Mérida Jimenez, R. (Ed.), *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios Queer*, Icaria, Barcelona, 2002, pp. 29-54 (la cita está en la p. 51, la negrita es mía).

⁵⁰ Ya en 1978 Natalino Irti con su libro *La edad de la descodificación*, trad. Luis Rojo, Bosch, Barcelona, 1992, nos puso de manifiesto la expansión de una nueva racionalidad social de corte científico y tecnológico que estaría en el origen del progresivo proceso de descodificación y de la crisis de la noción de sistema jurídico. Como consecuencia se quejaba de que el jurista iba perdiendo su capacidad para gestionar la realidad social mediante un derecho único, completo, sólido, que reflejara un interés general, al modo en que el derecho quiso ser construido por los pensadores ilustrados y los codificadores. El análisis cuarenta años después no hace sino reforzar la consistencia de esas tendencias de la racionalidad, a las que se añade ahora la racionalidad económica, que reducen progresivamente el papel social del derecho.

⁵¹ Aunque hay también corrientes de resistencia que intentan recuperar la influencia social del derecho: dentro de ellas podríamos situar los planteamientos neoconstitucionalistas cuando luchan por hacer más real la eficacia social de los derechos constitucionales. Si bien la tendencia a reforzar el valor normativo de las consti-

como forma de racionalización social hacía que los juristas fueran llamados a encarnar en buena parte la clase dirigente, aportando una mentalidad usualmente marcada por la influencia de lo público, mentalidad cuya ausencia en las nuevas élites globales es notoria. Por otro lado, al estar los centros de decisiones no solo en órganos institucionales del Estado, la racionalidad pública, pendiente del interés general, también resulta debilitada. Sin duda el triunfo de la economía como esquema de comprensión de la realidad ha supuesto que impere ahora una racionalidad nueva, de naturaleza técnico/económica, que se expresa en términos de beneficio y productividad. Y puede hablarse incluso de una pérdida del control jurídico de la normatividad, al que no es ajeno el fenómeno del llamado «pluralismo jurídico»⁵².

Este contexto de pérdida de peso del derecho es el marco en el que abordamos el papel de nuestra disciplina. En cuanto a ella ya hemos apuntado que sin duda le cabe un lugar importante en una visión de la universidad que se plantee en términos de formación. Sin embargo, como consecuencia de los cambios experimentados en las últimas dos décadas la disciplina ha sufrido una desvalorización que creo que tiene que ver precisamente con el hecho de que trabajamos asignaturas esencialmente formativas, y por ello poco valoradas en un contexto en el que la idea de la formación integral universitaria se encuentra

tuciones se habría manifestado ya con las Constituciones europeas de la postguerra, el fenómeno se habría agudizado desde fines del siglo pasado por una serie de circunstancias tanto jurídicas como políticas que hicieron que se empezara a hablar del neoconstitucionalismo. Estas circunstancias van desde el nuevo significado jurídico que se atribuye a los derechos y a los principios constitucionales, o la evolución de los métodos de interpretación constitucional, hasta los intentos de desmantelamiento del Estado social derivados de la última crisis económica. Todos estos factores estarían propiciando un mayor activismo judicial que se ampararía en el desarrollo del texto constitucional, especialmente en la interpretación de sus derechos y valores y sobre todo en la defensa de sus derechos sociales. Sobre el movimiento neoconstitucionalista cfr. Carbonell, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, y Carbonell, M., y García Jaramillo, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 2010. En el contexto del movimiento neoconstitucionalista es interesante referirse al nuevo Constitucionalismo transformador latinoamericano, volcado en convertir a sus Constituciones en verdaderos motores del cambio social, cfr. Storini, C., y Alenza García, J. F. (Dtores.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, y PALACIOS ROMERO, F., *Nuevo constitucionalismo participativo en América Latina. Una propuesta frente a la crisis del Behe-moth occidental*, Thomson Reuters, Pamplona 2012

⁵² El fenómeno que se denomina pluralismo jurídico es complejo y ambiguo y alude en general a la aparición de normas que surgen, no ya directamente del Estado sino de distintos sectores sociales. En lo que nos interesa ahora nos referimos sobre todo al sector económico en alusión a la producción normativa realizada desde el exterior del Estado a cargo de órganos más o menos institucionales que son capaces de imponer sus regulaciones propias, como el Banco Mundial, el FMI, la Organización Mundial del comercio, etc. Al respecto cfr. DE JULIOS-CAMPUZANO, A., «El paradigma jurídico de la globalización», en BELLOSO MARTÍN, N., y DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 49-75.

con un ambiente adverso. En el marco ideológico imperante la enseñanza universitaria se presenta cada vez más como destinada a formar al estudiante para el mercado de trabajo, a despecho de sus pretensiones formativas; y de los tres grandes grupos de cuestiones que tradicionalmente abarca nuestra disciplina, a saber, la teoría del derecho, el estudio del pensamiento jurídico y la teoría de la justicia, los cambios impuestos por el proceso de Bolonia a los planes de estudio han supuesto que la mejor parada sea la teoría del derecho, como asignatura cuatrimestral y planteada con un carácter introductorio al orden jurídico positivo. Disciplina que además puede impartirse en otros grados distintos al de derecho.

Es curioso señalar que la pérdida de peso de la Filosofía del derecho coincide con un contexto que debería potenciar su actualidad. Sin duda en la situación en que nos encontramos el filósofo del derecho cuenta con muchas ventajas para intervenir en los nuevos contextos formativos, y podemos hablar de la especial virtualidad de la Filosofía del derecho en un entorno como el actual, precisamente a causa de los cambios que se han experimentado. En primer lugar, el nuevo planteamiento pedagógico, al postergar el conocimiento ante el aprendizaje, exigirá reforzar las asignaturas más generales y formativas como las nuestras. Desde un punto de vista interno de los propios planes de estudio, es clara la necesidad de una formación básica más sólida para gestionar el posterior acceso al conocimiento que llevará a cabo personalmente el alumno. La comprensión de los entramados generales y la formación crítica resultan especialmente necesarias ante el actualmente fácil acceso al conocimiento.

En segundo lugar, y ahora desde el punto de vista interno de la propia evolución reciente del derecho, cabe preguntarse si ante el panorama jurídico actual, marcado por el pluralismo jurídico, la desformalización del derecho, su progresiva materialización en clave de derechos y principios, el protagonismo de los derechos humanos y del neoconstitucionalismo, el aumento del protagonismo judicial y el auge de las metodologías argumentativas, no es más necesaria que nunca nuestra aportación en la formación del jurista. Se diría que las nuevas circunstancias reclaman un jurista con una comprensión general del fenómeno jurídico, con conocimientos menos particulares y más estructurales, con más conocimientos metodológicos, con una formación crítica y una mente más abierta, y también más consciente de su protagonismo.

En tercer lugar nos encontramos con una exigencia de la actualidad relacionada con el momento de tránsito estructural del pensamiento en el que nos movemos, con la crisis de la modernidad y sus paradigmas. En un tiempo de transición toca buscar nuevas referencias y cuestionar soluciones aparentes. En tiempos líquidos la necesidad de una nueva búsqueda de sentido afecta a la política y al derecho. La necesaria recomposición de las relaciones entre derecho y poder, los problemas de la democracia, la legitimidad, la soberanía, la justicia

del derecho, los derechos humanos y la noción misma de ser humano han de ser pensadas con más urgencia que nunca. Y especialmente en un contexto global en el que el paradigma dominante intenta hacer real el postulado del fin de las ideologías, desvalorizando la crítica y excluyendo las alternativas.

Aunque puede hablarse de una pérdida de peso de nuestras asignaturas clásicas, hay que decir también que este mismo hecho ha determinado a la vez que los profesores de Filosofía del derecho demuestren una gran adaptabilidad para recuperar créditos, pasando a ocuparse de cuestiones emergentes: de derechos humanos, bioéticas, de género, deontológicas, metodológicas, etc., en un intento de resistir mejor los recortes en los planes de estudio y también de estar más próximos a las realidades sociales. Aprovechándonos de la especialización de los estudios, de las asignaturas transversales o de las optativas, el área de conocimiento se diversifica, se focaliza y se desenvuelve en otras materias. Muy atenta a las realidades sociales y manteniendo su perspectiva generalista y su espíritu crítico. A través de estos nuevos estudios habría que seguir transmitiendo la esencia de nuestra enseñanza, la preocupación por la justicia, el espíritu crítico, la búsqueda del sentido, el desarrollo de conocimientos estructurales, etc. Este es, al menos en parte, el camino que debe seguir nuestra disciplina para sobrevivir y seguir manteniendo sus pretensiones formativas.

Sin duda el lema ilustrado «sapere aude» que formuló Kant en su ensayo sobre la Ilustración, pensando en un sujeto mayor de edad, capaz de ejercer su libertad con un conocimiento suficiente de la realidad, sigue vigente⁵³, y nos llama a fomentar un estudio que va más allá de los conocimientos técnicos o profesionales para invitarnos a avanzar en un campo diferente, el de las preguntas más complejas, las cuestiones de sentido, los enfoques estructurales, generando una comprensión más amplia de las cosas, una capacidad de comparación y crítica y una aptitud para la formulación de alternativas⁵⁴.

Es decisivo insistir a este respecto en que una caracterización de nuestra disciplina va más allá de remitir a las materias que impartimos para referirse también al espíritu con lo que lo hacemos, y a la manera en que intentamos una comprensión más amplia de la realidad jurídica y sus relaciones con los fenómenos sociales. De igual manera que es un lugar común para la doctrina internacionalista sostener que cuando se enseña Derecho internacional se está realizando una misión de

⁵³ Cfr. KANT, I., «Respuesta a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?», en AAVV *¿Qué es la Ilustración?*, trad. A. Maestre y J. Romagosa, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 17-29.

⁵⁴ En general puede decirse que las referencias con las que trabajamos son los valores, los principios, las teorías de la justicia, los derechos humanos, y que las poseemos como condensación de siglos de pensamiento jurídico orientado a la justicia, constituyendo un bagaje que no puede quedar sin ser expuesto ante los jóvenes universitarios.

paz⁵⁵, la Filosofía del derecho implica para profesores y alumnos que se replantea la idea de justicia, que se fomenta el sentimiento de justicia⁵⁶, que la mentalidad crítica reaparece a pesar de las construcciones teóricas imperantes, las imposiciones mediáticas o las resignaciones políticas, que nos planteamos la cuestión del sentido y que realizamos comparaciones y valoraciones. Y de esa manera contribuimos a esa formación más amplia que no puede ser relegada en la vida académica de los estudiantes universitarios.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, J., «La idea de la Universidad de Wilhelm von Humboldt», en Oncina Coves (Ed.), *Filosofía para la Universidad. Filosofía contra la Universidad (de Kant a Nietzsche)*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 273-296.
- BAUMAN, Z., *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?*, trad. A. Capel, Planeta, 2012.
- BECK, U., *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, trad. Bernardo Moreno, Paidós Bolsillo, Barcelona, 2017.
- CAPELLA, J. R., *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del derecho*, Trotta, Madrid, 2001.
- CARBONELL, M. (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.
- CARBOMELL, M., y GARCÍA JARAMILLO, L. (Dtores.), *El canon neoconstitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- CHOMSKY, N., *Dos horas de lucidez. Ideario del último pensador rebelde del milenio*, trad. Zoraida Torres, Península, Barcelona, 2003.

⁵⁵ Cfr. GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Innovación docente y calidad de las ciencias jurídicas a través de la investigación en docencia: la experiencia de un profesor de Derecho internacional Público», en García San José, D. (Coord.), *Innovación docente y calidad en la enseñanza de ciencias jurídicas en el espacio europeo de educación superior*; cit., pp. 229-253, en especial, pp. 237 y ss.

⁵⁶ El proceso de sensibilización ante la justicia y la injusticia nos parece una de las tareas más importantes que debe desarrollar el filósofo del derecho. En este trabajo podemos recurrir a mundos distintos al nuestro, pero ya fronterizos, como el de la literatura o el del cine. Con ambas experiencias se fomenta la sensibilidad ante la justicia y se ayuda a conocer mejor las prácticas y los ambientes jurídicos, y la personalidad misma de los juristas y su consideración social. Se trata con ellas de «vivir la experiencia de la justicia, de sus grandezas y sus miserias, de sus gentes: sus protagonistas y sus víctimas; transitar por sus vericuetos y sus absurdos, y hacerlo presente en la vida de los hombres de todos los tiempos», cfr. FINA SANGLAS, A., *Justicia y literatura*, Bosch, Barcelona, 1993. La cita está tomada de la presentación de Gay Montalvo, E., p. 9. Una lista de libros clásicos de literatura de interés para juristas puede verse en CAPELLA, J. R., *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del derecho*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 107 y ss. Sobre el cine y su papel en la enseñanza del derecho puede verse DE LUCAS, J., «Comprender y enseñar el derecho desde el cine» en *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico. Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del derecho*, n.º 15, 2014, Tirant lo Blanch, pp. 108-122.

- CLAVERO, B., «Arqueología constitucional: empleo de la Universidad y desempleo del derecho», en *Quaderni Fiorentini per la Soria del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 21, pp. 37-87.
- DE LUCAS, J., «Comprender y enseñar el derecho desde el cine», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico. Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del derecho*, n.º 15, 2014, Tirant lo Blanch, pp. 108-122.
- DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la Filosofía del derecho en la actualidad», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 15, 1975, pp. 25-43.
- DERRIDA, J., *La Universidad sin condición*, trad. C. de Peretti y P. Vidarte, Minima Trotta, Madrid, 2002.
- DIAZ, E., «Neocons y teocons: fundamentalismo vs. Democracia», en Rodríguez Palop, M. E., Campoy, I., Rey Pérez, J. L. (Eds.), *Desafíos actuales de los Derechos humanos. La renta básica y el futuro del Estado de bienestar*, Dykinson, 2012, pp. 13-36.
- DIEZ GUTIÉRREZ, E., GUAMÁN, A., JORGE ALONSO, A., FERRER, J., *¿Qué hacemos con la Universidad?*, Akal, Madrid, 2013.
- FELBER, C., *La economía del bien común*, Universidad de Deusto, 2012.
- FINA SANGLAS, A., *Justicia y literatura*, Bosch, Barcelona, 1993.
- GARCÍA PASCUAL, C., *El buen jurista. Deontología del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Innovación docente y calidad de las ciencias jurídicas a través de la investigación en docencia: la experiencia de un profesor de Derecho internacional público», en García San José, D. (Coord.), *Innovación docente y calidad de la enseñanza de las ciencias jurídicas en el Espacio europeo de Educación Superior*, Laborum, 2007, pp. 229-253.
- GINER DE LOS RÍOS, F., *Escritos sobre la Universidad española*, Austral, Madrid, 1990.
- HABERMAS, J., «Democratización de la enseñanza superior: ¿Politización de la ciencia?», en *Teoría y Praxis*, trad. S. Mas y C. Moyá, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 351-359.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del derecho*, trad. J. L. Vernal, Edhasa, Barcelona, 1999.
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. L. Rojo, Bosch, Barcelona, 2002.
- JULIOS CAMPUZANO, A. DE, «El paradigma jurídico de la globalización», en BELLOSO, N., y JULIOS CAMPUZANO, A. DE, *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2008.
- KANT, I., «¿Qué es la Instrucción?», en AAVV, *¿Qué es la Ilustración?*, trad. Maestre, A., y Romagosa, J., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 17-29.
- KOSOFSKY, E., «A (Queer) y ahora», en Mérida, R. (Ed.), *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios Queer*, Icaria, Barcelona, 2002.
- LEYTE, A., «Hegel y los orígenes de la Universidad contemporánea desde su crisis actual», en Oncina Coves (Ed.), *Filosofía para la Universidad. Filosofía contra la Universidad (de Kant a Nietzsche)*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 233-251.
- LINDE, E., *El proceso de Bolonia. Un sueño convertido en pesadilla*, Civitas, Pamplona, 2010.
- LLOVET, J., *Adiós a la Universidad. El eclipse de las humanidades*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012.

- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Libertad de cátedra y pensamiento jurídico formalista», en *Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 1293-1321.
- ORTEGA Y GASSET, J., «Misión de la Universidad y otros ensayos afines», *Revista de Occidente*, Madrid, 1975.
- PALACIOS ROMERO, F., *Nuevas Constituciones participativas en América Latina. La propuesta frente a la crisis del Behemoth occidental*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- PECES-BARBA, G., «La enseñanza de la Filosofía del derecho», en *La Filosofía y la enseñanza del derecho. Revista de la Facultad de derecho de la universidad Complutense*, n.º 5, 1982, pp. 99-110.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Mejablum, Sevilla, 1999.
- *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la teoría del derecho*, Tebar, Madrid, 2007.
- «Nuevo derecho. Nuevos derechos», en *Anuario de Filosofía del derecho*, XXXII, 2016, pp. 15-36.
- PIKETTY, T., *El capitalismo del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- SALOMON, L., DELGADO, A. M., y OLIVER, R., «La formación jurídica en el futuro contexto universitario europeo», en García San José, D. (Coord.), *Innovación docente y calidad de la enseñanza de las ciencias jurídicas en el Espacio europeo de Educación Superior*, cit., pp. 25-45.
- SANCHEZ RODAS, C., «La investigación en ciencias del trabajo y de la seguridad social y Espacio europeo de Educación superior: retos para la Universidad del siglo XXI», en García San José, D. (Coord.), *Innovación docente y calidad de la enseñanza de las ciencias jurídicas...*, cit., pp. 217-228.
- SOUSA SANTOS, B. DE, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, vol. I. *Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Descleé de Brouwer, Bilbao, 2003.
- *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- *La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la Universidad*, CIDES-UMSA, La Paz, 2007.
- *Sociología Jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, Trotta/ILSA, Bogotá, 2009.
- *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, trad. C. Martín, Trotta, Madrid, 2014.
- STANDING, G., *El precariado. Una nueva clase social*, trad. J. M. Madariaga, Pasado/Presente, Barcelona, 2013.
- STORINI, C., y ALENZA, J. F. (Eds.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- VATTIMO, G., *De la realidad. Fines de la Filosofía*, trad. A. Martínez, Herder, Barcelona, 2013.

Derechos fundamentales y mediación en violencia de género

Por M.^a DOLORES PÉREZ JARABA
Universidad de Jaén

RESUMEN

La mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos, definidos como métodos extrajudiciales, están siendo considerados por el Derecho privado o dispositivo como nuevas herramientas para una mejor resolución de los conflictos jurídicos. Sin embargo, en el ámbito del Derecho público, especialmente el Derecho penal, la mediación no está encontrando igual acogida. Para el caso de la violencia de género, la legislación española excluye la mediación. Lo que el presente trabajo plantea es la posibilidad de implementar la mediación solo en aquellos delitos menos graves de violencia de género, en el marco de las garantías que la mediación establece y, sobre todo, en el respeto de los derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: *Derechos fundamentales, mediación, violencia de género.*

ABSTRACT

Mediation and other alternative methods of conflict resolution, defined as extrajudicial methods, are being considered by private law as new tools for better resolution of legal conflicts. However, in the field of public law, especially criminal law, mediation is not finding the same reception. In the case of gender violence, Spanish legislation excludes mediation. What the present work raises is the possibility of implementing mediation only in those less serious crimes of gender violence, within the framework of the guarantees

established by the mediation and, above all, in the respect of civil rights and due process of law.

Keywords: *Civil rights, mediation, gender violence.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO, MEDIACIÓN Y CONFLICTO.—2. ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA MEDIACIÓN.—3. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIACIÓN: EL DEBATE DOCTRINAL.—4. RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

1. INTRODUCCIÓN: DERECHO, MEDIACIÓN Y CONFLICTO

Con el avance de las sociedades y el desarrollo de las expectativas de los individuos que las integran, se genera una mayor cantidad de controversias de naturaleza individual, plural o colectiva, lo que conlleva un inevitable incremento de la conflictividad, tanto en la cantidad de los conflictos como en su tipología, y exige —y cuestiona en ciertos casos— que los cauces jurídicos existentes para evitarlos y, en su caso, resolverlos, también vayan adaptándose a cada momento, a cada situación, a cada tipo de conflicto y, por supuesto, que también aparezcan nuevas vías que aporten más posibilidades a los ciudadanos¹.

Dentro de estas necesidades de las sociedades democráticas, en el deseo de buscar fuera del Derecho y de los órganos jurisdiccionales, o en el seno de éstos de forma complementaria, una solución efectiva, rápida y discreta de los conflictos, se ubica el llamado movimiento de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*)², articulado inicialmente a través de: «*Mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales*»³. No es raro, por tanto, que desde finales del siglo XX hasta nuestros días, estos métodos alternativos se estén incorporando paulatinamente a la solución de conflictos de toda índole, aunque los ámbitos en los que los ADR, y la mediación especialmente, se están desarrollando, son

¹ Vid. BARONA VILAR, S., «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 18., núm. 1, 2011, pp. 185-211.

² Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009, p. 45. Con este movimiento se pretendía buscar cauces alternativos al poder judicial, lo que constituye una línea filosófica-jurídica del pensamiento que germina en los años 30 en la Universidad de Harvard, los *Critical legal studies*.

³ CAPPELLETTI, M., «Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement», *Modern Law Review*, 1993, p. 282.

aquellos que jurídicamente denominamos de Derecho dispositivo o de Derecho privado. Para el ámbito del Derecho público, como es el caso del Derecho penal, los ADR y la mediación como método específico, encuentran los límites propios de la soberanía estatal, el proceso judicial y las garantías de los derechos fundamentales, lo que no quiere decir que no puedan existir experiencias de mediación en el marco del Derecho penal, siempre dentro de los márgenes procesales que se establezcan, pudiendo plantearse la posibilidad de realizar una mediación en los casos menos graves de violencia de género, supuesto que la legislación española actual impide para todos los casos, como veremos.

Lo que se pretende plantear en este trabajo, por tanto, es la posibilidad de que la mediación como método complementario a la jurisdicción, pueda incluirse en los casos menos graves de violencia de género. Para entender esta propuesta, por un lado, hemos de acercarnos al examen de lo que se entiende por violencia de género y, por otro, concretar los límites de la mediación en relación a este tipo de violencia.

2. ASPECTOS CONCEPTUALES SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA MEDIACION

Hasta bien avanzado el Siglo xx, no se encuentran referencias precisas a la *violencia de género*, como forma específica y diferenciada de violencia, en textos jurídicos internacionales a excepción de la Convención de Naciones Unidas de 1979, en la que se hacía referencia a ella como una forma de discriminación contra la mujer. Es a partir de los años noventa del pasado siglo cuando esta expresión se empieza a utilizar en iniciativas importantes como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos de Viena de 1993; la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994; o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing, de 1995.

Hemos esperado mucho tiempo para reconocer, conceptual e institucionalmente, que este tipo de violencia puede ser una manifestación más de la resistencia que existe a entender que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica, ni doméstica, sino una cuestión de género; una resistencia a entender que no nos encontramos ante una forma de violencia individual ejercida solo en el ámbito familiar o de la pareja, por la superioridad física del hombre sobre la mujer, sino que esta violencia se origina por una situación de discriminación histórica que tiene su origen en una estructura jurídica y social de naturaleza patriarcal⁴.

⁴ Vid. BACHOFEN, J. J., *El matriarcado*, trad. de M.^a Mar Linares García, Akal, Madrid, 2008, pp. 47 y ss. Es conocido que Bachofen considera que el inicio de la

La identidad de género se concibe a través de un proceso de construcción social, mediante el cual se adjudican simbólicamente expectativas y valores que cada cultura atribuye de forma específica a hombres y mujeres de forma diferenciada. El aprendizaje cultural se manifiesta en los roles e identidades que se asignan bajo la etiqueta del género. Este elemento constitutivo de las relaciones sociales, basadas en las diferencias que distinguen a los sexos, es una forma primaria de las relaciones significantes de poder, pues con mucha frecuencia aplicamos diferentes parámetros a la masculinidad o a la femineidad⁵. En virtud de esta asignación se produce una jerarquía y estratificación del poder que se diferencia, bien por el prestigio social, por la riqueza, pero especialmente por el sexo⁶. Consecuencia de lo anterior, *la violencia de género*, consistiría en la adjudicación simbólica que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres⁷.

Al respecto, se han establecido distintos modelos de diferenciación sexo/género. Por referirnos a ellos sucintamente. Un primer modelo plantea el problema desde la prioridad del hecho biológico⁸; la cuestión biológica sería la que determinaría los roles sociales, siendo la causa de que, a cada sexo, le correspondiera un rol intransferible, lo que conllevaría consecuentemente, partiendo desde la mayor fuerza física del hombre, una subordinación de la mujer respecto del varón y, por tanto, su condición de inferioridad⁹.

Otro modelo es el que propugna la separación entre el sexo y el género, manteniendo una clara posición presidida por el principio de igualdad. Desde este modelo, que defiende cierta independencia de la

civilización y del Derecho tuvo una base matriarcal. El cambio de la concepción materna de la sociabilidad hacia la paterna, conforma el más importante punto de inflexión en la historia de la relación entre los sexos. A la mujer se le asocia con el primer progreso de la civilización, hacia una existencia regulada, la primera educación religiosa y al disfrute de todo bien superior. El paso a la sociedad patriarcal, por el contrario, supuso un cambio completo del punto de vista primitivo, dando comienzo a unas relaciones sociales basadas en la autoridad, la conquista y el derecho abstracto.

⁵ Vid. HORKEIMER, M., «Familia y autoritarismo», trad. de Jordi Solé-Tura, en AAVV, *La Familia*, Península, Barcelona, 1972, p. 67.

⁶ Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, R., «La pervivencia del androcentrismo: Apuntes histórico-jurídicos sobre la lucha equiparadora de derechos», en Gómez Campelo, E., y Valvueda González, F. (Coords.), *Igualdad de género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, pp. 23-37.

⁷ Vid. LÓPEZ GARCÍA, J. A., y PÉREZ JARABA, M.^a D., «Igualdad, complejidad y diferencia», en Garrido Gómez, M.^a I. y Ruiz Ruiz, R., (Eds.), *Democracia, gobernanza y participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 221-243.

⁸ Vid. PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Mujeres, hombres: Igualdad, diferencia. Reivindicaciones y emancipación», en Pérez de la Fuente, O. (Ed.), *Mujeres: Luchando por la igualdad. Reivindicando la diferencia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 10-13.

⁹ Vid. BODELÓN, E., «La transformación feminista de los derechos», en Bengoechea Gil, M.^a A. (Ed.), *La Lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 83.

mujer respecto al hombre, se establece una igualdad formal y real en todos los ámbitos, incluido el acceso al mundo público y al trabajo. Se trataría de una igualación en las funciones sociales, lejos de la pretendida diferencia biológica o de cualquier otro tipo entre hombres y mujeres.

Un último modelo, es el que defiende la interdependencia de los sexos, de manera que se reconozca una «igualdad en la diferencia»¹⁰. Aquí, ambos sexos deben estar presentes, tanto en el ámbito privado como en el público. Hay una relación sexo/género, pero no una identidad sino una colaboración desde las diferencias que incorporan ambos sexos.

En general, todos estos modelos coinciden en lamentar que una cuestión tan natural como el sexo, una cuestión biológica, se haya convertido en el ámbito social en un problema de dominación de «uno sobre otra»; en un problema de violencia¹¹. Desde una perspectiva andrógina, se ha contemplado esta relación social arguyendo motivos de distinta estructura física y psicológica¹². Sin embargo, hoy en día, aunque las cosas no se entienden de forma tan tajante, queda un largo camino por recorrer con el fin de equiparar definitivamente los derechos entre hombre y mujer¹³, así como su forma de llevarlos a la práctica¹⁴. Así, el centro de la definición del género se asienta en la conexión integral de dos proposiciones: el género como elemento

¹⁰ RICOY CASAS, R. M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Consejo Social de la Universidad de Vigo-Dykinson, Madrid, 2010, p. 39: «En definitiva, queremos ser diferentes, no solo con respecto a los hombres, sino entre nosotras, pero no desiguales, especialmente referido con respecto a los hombres; lo contrario de la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, y lo contrario de diferencia es la identidad».

¹¹ Vid. ELOSEGUI, M., y MARCUELLO, A. C., *Diez temas de género*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002, p. 45.

¹² Vid. FRIEDMAN, B., *La mística de la feminidad*, trad. de Magali Martínez Solimán, Cátedra, Madrid, 2009, p. 39.

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, cit., p. 27: «Es aquí cuando el Derecho social ha de actuar en su máximo sentido y expresión debiendo de cumplir su función, pues a través de los derechos sociales de toda persona, se ha de contribuir a que ésta, bien sea hombre, bien sea mujer, se incluya o se integre en la sociedad de la que forma parte... La ciudadanía social no debe ser una simple aspiración, sino una realidad sobre la que construir una sociedad de iguales y entre iguales».

¹⁴ DE ASÍS ROIG, R., «La ley de igualdad en el discurso de los derechos humanos», en Gómez Campelo, E., y Valvueda González, F., (Coords.), *Igualdad de género: Una visión jurídica plural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2008, p. 56: «El diseño de una educación basada precisamente en los derechos humanos, implica concienciar de la importancia de la dignidad humana y de igual valor de los seres humanos, independientemente de su sexo, tanto en la escuela, como en la familia, como en el ámbito de los medios de comunicación... Esta educación en derecho humanos, permitirá acabar con esa diferenciación de poder y con todo tipo de sexismo».

constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que se perciben entre los sexos, y; el género como una manera primaria de significar las relaciones de poder, manifestadas en su extremo como una relación de violencia¹⁵.

Si ahora atendemos al concepto jurídico de «violencia de género», en el plano internacional, en 1993 se la definió como: «La manifestación de relaciones de poder, históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el desarrollo pleno de la mujer»¹⁶. La Organización de las Naciones Unidas, en 1994, la consideró como: «Todo acto de violencia que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada»¹⁷. También se la define como: «El desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso o político»¹⁸. En el Derecho español, se la considera: «Una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»¹⁹.

Las distintas definiciones jurídicas centran en la desigualdad histórica, estructural y social las causas de la relación entre el hombre y la mujer en un plano de dominación. Por tanto, la clave es la identificación de la organización patriarcal de la sociedad como causa principal del surgimiento de la violencia de género, lo que explica cómo se naturaliza la violencia hacia las mujeres desde la propia comunidad, que es quien puede llegar a legitimarla a través de los estereotipos de género.

En la etapa actual de nueva ciudadanía y justicia entre hombres y mujeres, queremos dar cabida a un instrumento, *la mediación*, no sin apuntar por adelantado que la mediación penal es una cuestión muy controvertida. En los últimos tiempos, estamos viendo la eficacia de la mediación como procedimiento de resolución de cualquier tipo de conflicto y, como tal, se está erigiendo en un versátil instrumento que sirve para abordar los diferentes desencuentros en los órdenes más

¹⁵ Vid. NASH, M., y MARRE, D., *Multiculturalismos y género: Un estudio interdisciplinar*, Bellaterra, Barcelona, 2001, pp. 45 y ss.

¹⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 20 de diciembre de 1993.

¹⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, OEA, de 9 de junio de 1994), donde se define la violencia de género como: «La violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».

¹⁸ Resolución del Parlamento Europeo sobre Tolerancia Cero ante la Violencia contra las Mujeres, de 16 de septiembre de 1997.

¹⁹ Art. 1 de la L. O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

variados de las relaciones interpersonales. La vida familiar y la vida en pareja, con sus múltiples implicaciones afectivas, emocionales, personales, económicas o patrimoniales, son un semillero de conflictos que sus miembros deben resolver día a día, en la convivencia, mediante sus propios recursos o habilidades personales. Pero cuando la intensidad o la gravedad de esas diferencias llevan a plantearse la ruptura, la mediación se está mostrando como una herramienta bastante eficaz para la adopción de decisiones consensuadas entre las partes en conflicto²⁰.

Para acercarnos a la mediación, podemos dar una definición propia, sin ánimo de exhaustividad, como la siguiente: *La mediación puede considerarse como un procedimiento complementario al proceso judicial (otros autores lo consideran alternativo)*²¹, en el cual, las partes envueltas en un determinado conflicto de naturaleza disponible son las que han de encontrar por sí mismas una solución al problema con la ayuda de un tercero neutral e imparcial (mediador/a), experto en una serie de habilidades comunicacionales tendentes a equilibrar el poder entre las partes, siempre en el respeto de los derechos fundamentales y en el marco de una sociedad democrática, dado que la persona mediadora no tiene competencia para resolver o decidir el conflicto puesto que quien lo deciden son las partes²².

Definida así la mediación, nuestra L. O. 1/2004, de Medidas de Protección Integral a las Víctimas de Violencia de Género (en adelante: LOIVG), en su art. 44.5, excluye la mediación cuando se haya producido cualquier incidente de violencia de género, pues el legislador

²⁰ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., «¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?», en López San Luis, R. (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011, p. 133 y ss.

²¹ Respecto de estas perspectivas que consideran la mediación como una «alternativa» al proceso judicial, vid., GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación a debate en Europa: ¿Hacia la voluntariedad mitigada?», *Anuario de Mediación y Solución de conflictos*, núm. 3, 2015, pp. 22-36; BUSH, R. A. B., y FOLGER, J. P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, trad. de Anibal Leal, Granica, Buenos Aires, 2008, pp. 39-64; MELCHIN, K. R., y PICARD, CH. A., *Transforming conflict through insight*, University of Toronto Press, Toronto, 2009, pp. 43-48.

²² Respecto de las definiciones jurídicas de mediación, relativas todas ellas al ámbito del derecho privado, pueden destacarse las siguientes: «Un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio, intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro» (art. 3 Directiva 2008/52/UE, del Parlamento Europeo y Consejo, sobre Determinados Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. *DOUL*, núm. 136/3, de 24 de mayo 2008); «Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (art. 1 Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. *BOE.*, núm. 162, de 7 de julio 2012).

consideró que la mujer que sufre violencia de género se encuentra en una situación de desequilibrio de poder frente al hombre, al que ha estado o sigue ligada por lazos de afectividad, viéndose imposibilitada para alcanzar por mediación un acuerdo justo y beneficioso a sus intereses. Esta es una posición que, sin ningún tipo de matiz, impide legalmente en España acudir a un proceso de mediación siempre que haya existido cualquier incidente de violencia de género, sea física, psicológica o de cualquier otra naturaleza asimilable.

Ante esta limitación de la mediación en el ámbito de la violencia de género, algunos profesionales de la mediación han expresado su preocupación por esta exclusión. Entienden que, por el simple hecho de ser mujer y sin necesidad de haber sufrido ningún tipo de violencia de género, es decir, por la discriminación real que sufren las mujeres en todos los ámbitos sociales, estas ya se encuentran siempre en situación de desventaja en cualquier proceso de mediación jurídica o social²³. Por lo tanto, el problema de fondo se plantea respecto de la posición social general de la mujer, tanto si es víctima o no de la violencia de género, según la entiende nuestra LOIVG.

Se puede plantear que las mujeres, históricamente, no han sido socializadas para negociar con los hombres, por los desequilibrios de poder inherentes al modelo social en el que vivimos, desequilibrios que inevitablemente van a reproducirse en un proceso como la mediación. Sin embargo, desde la teoría de la mediación, Kelly y Duryee, aceptando que el género es un campo a través del cual se articula y distribuye el poder como control diferenciado sobre el acceso a los recursos materiales y simbólicos, no obstante, no encuentran casi diferencias entre mujeres y hombres a la hora de participar en procesos de mediación o en cualquier otro tipo de procedimientos contradictorios²⁴. En la misma línea, Beck y Sales, encontraron que tanto los hombres como las mujeres tenían estilos bastantes similares al mediar, considerando que había mucho que investigar en relación con el papel diferencial del género en la mediación, aunque concluían que todavía existen indicios para sostener preocupación por la posición de las mujeres en ciertos tipos de mediación, sobre todo cuando ha existido violencia²⁵.

Como es conocido, la «violencia de género» que define y castiga nuestra LOIVG de 2004, presupone siempre una «relación de afectividad» entre el hombre y la mujer, pasada o presente, castigando distin-

²³ Vid. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., «Dinámicas del conflicto en el entorno familiar», en Soria, M. A., Villagrasa, C., y Armadans (Coords.), *Mediación Familiar*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 37.

²⁴ Vid. KELLY, J. B., y WHITE, J. M., *Family theories: An introduction*, Sage, Londres, 1992, pp. 48 y ss.; SLAIKEU, K. A., *Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos*, Granica, Barcelona, 1985, pp. 253 y ss.

²⁵ Vid. BECK C. J., y SALES B. D., «A critical reappraisal of divorce mediation research and policy», *Psychology, Public Policy and the Law*, núm. 6 (4), 2000, pp. 989-1056.

tos grados de violencia física o psicológica del hombre hacia la mujer, sin ser necesaria la convivencia²⁶. Es decir, en la violencia de género a que se refiere la ley española, existen multitud de perspectivas que comprometen aspectos psicológicos, sociales y culturales de la diferencia entre los sexos, lo que revelan la forma en que se distribuye socialmente el poder. Esta profusión de elementos que están presentes en la violencia de género, van a determinar la complejidad de la relación entre la violencia de género y la mediación. Veamos.

3. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIACIÓN: EL DEBATE DOCTRINAL

La violencia de género constituye un gran problema social, puesto que sus efectos se extienden tanto a la salud física, como a la calidad de la vida personal y familiar de las mujeres²⁷. Definir la violencia contra las mujeres implica describir una multiplicidad de actos, hechos y omisiones, que las dañan y perjudican en los diversos aspectos de sus vidas, constituyendo una de las violaciones más flagrantes a sus derechos²⁸.

La LOIVG de 2004, como señalábamos antes, impide la aplicación de las técnicas de mediación en supuestos de violencia de género, en el articulado en donde establece la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 44.5). Asimismo, en el art. 87.ter. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante: LOPJ), se establece claramente respecto de la violencia de género que, «en todos estos casos estará vetada la mediación». Este veto de la mediación en violencia de género ha despertado la controversia entre distintos especialistas en mediación. En general, entre los mediadores, sobre todo los de formación no jurídica, no se entiende este veto; ya no tanto su prohibición, sino más bien a su carácter absoluto e indiferenciado²⁹. Otros

²⁶ Art. 1.1 LOIVG 1/2004: «La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Art. 1.3 LOIVG 1/2004: «La violencia de género a la que se refiere la presente ley, comprende todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o privación arbitrarias de la libertad».

²⁷ Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., «El derecho fundamental a vivir sin violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, p. 47.

²⁸ La LOIVG de 2004, ya referida, en su Exposición de Motivos (I), atribuye la entrada en vigor de la Ley, al esfuerzo desarrollado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las manifestaciones de violencia contra la mujer: «Ya no es «un delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social».

²⁹ Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, I., «El reto de la mediación penal: El principio de oportunidad», *Revista La Ley*, núm. 6520, de 6 de julio de 2006, p. 12.

autores han analizado las conductas derivadas de la violencia de género, que se producen sobre todo dentro de la familia, apuntando hacia una regulación específica y diferenciada en esta materia, donde además de la función punitiva clásica del derecho penal, deberían incluirse como aspectos esenciales, la prevención, la rehabilitación y el reconocimiento a las víctimas, donde la mediación tendría cabida³⁰.

Si seguimos el debate sobre este veto a la mediación en materia de violencia de género, autores como Torres Fernández, parten para analizar este asunto de dos premisas; la primera, es la de admitir la idoneidad de la mediación para abordar de la forma más adecuada posible los conflictos interpersonales entre los que se encuentran los conflictos de pareja, y; la segunda, que hay que tomar en consideración la distinta intensidad y características que pueden revestir las manifestaciones de violencia entre quienes mantienen o han mantenido una relación sentimental, pues estas son susceptibles de graduación y merecedoras, por lo tanto, de una respuesta diferenciada en relación a su gravedad³¹.

Otros mediadores, como Herrera Moreno, han afirmado que el maltrato debe generar responsabilidad penal, incluso en sus modalidades más leves. Sin embargo, hay que tener en cuenta al mismo tiempo, que también pueden estar pendientes los efectos legales de naturaleza civil de la disolución de la relación. Así, habría que estudiar si es posible aplicar las técnicas de mediación para pactar los efectos y consecuencias de la ruptura de pareja, aun en el caso de que haya existido maltrato entre sus miembros³².

En realidad, no existe ninguna norma jurídica que dé respaldo legal a las técnicas de mediación como vía para la exigencia de responsabilidad penal, al menos con un ámbito de aplicación bien definido. Hasta el momento en España, solo se han llevado a cabo experiencias de mediación a través de la regulación ya existente de la suspensión y sustitución de penas, o a través de la atenuante genérica del artículo 22.5 del Código Penal. Por tanto, falta aún una normativa específica que defina propiamente qué clase de mediación podría establecerse en estos asuntos penales. Se trataría de delimitar el alcance de la mediación penal y su configuración como respuesta formal. Es decir, si esta-

³⁰ IRIARTE SÁNCHEZ, J., «Regulación de los delitos cometidos dentro de la familia», en Bouché Peris, J. H., e Hidalgo Mena, F. (Dirs.), *Mediación Familiar*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2011, p. 149: «Son conductas conflictivas que derivan de situaciones penalmente sancionables, al menos para uno de los protagonistas de este conflicto. Lógicamente, estas conductas serán las que aparecen tipificadas en el Código Penal».

³¹ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., «¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?», en López San Luis, R. (Ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011, p. 134.

³² Vid. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima (Compendio de Victimología)*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 236 y ss.

ría dentro o fuera del derecho penal, así como, si al concebirse como un complemento integrado dentro de la administración de justicia, estaría conectado con el sistema de garantías de quien se somete a un proceso por un delito y los efectos sobre la respuesta penal concreta que se le daría³³.

El referido artículo 87 ter.5, de la LOPJ, se encuentra a continuación de los artículos en los que se incluyen las competencias en materia civil y en materia penal de los juzgados especializados en Violencia sobre la Mujer. Por este motivo, podemos pensar que se excluye la mediación, cuando ocurre violencia de género, en los dos ámbitos; tanto en el civil como en el penal³⁴. Según Larrauri Pijoán³⁵, la definición de lo que el legislador entiende por violencia de género, en la LOIVG de 2004, es muy genérica, pero parece que impide en términos absolutos la utilización de técnicas de mediación entre los sujetos incurso en violencia de género, también para atender las consecuencias legales civiles de la ruptura de pareja³⁶.

La respuesta penal en España se ha decantado en la línea de agravar la pena de todas las muestras de maltrato o violencia de género, considerándolas un delito siempre que tengan lugar sobre las personas integradas en el entorno de convivencia familiar que se definen en el artículo 173.2 del CP, con un distinto tratamiento penal, más grave, en caso de ser el varón quien actúe sobre su pareja femenina. La prohibición de mediación que establece el artículo 87 ter. de la LOPJ, por tanto, parece plenamente coherente con la tendencia que inspira la política criminal que se ha seguido en los últimos años, en torno al tratamiento de la violencia sobre las mujeres en la relación de pareja³⁷. En la misma línea, hay quienes advierten contra el riesgo de dar cabida a la mediación en la respuesta penal al maltrato, ya que puede banalizarse su situación antijurídica, situando a la víctima en un plano

³³ Vid. PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*, Comares, Granada, 1999, p. 284.

³⁴ El origen de la prohibición legal de la mediación en el texto de la Ley Integral sobre la Violencia de Género de 2004, se sitúa en el texto de la enmienda 431 de las presentadas durante la tramitación de la ley en el Congreso, firmada por el Grupo Convergencia i Unió, y justificada con el siguiente argumento: «La inadecuación de la mediación cuando existe violencia es una afirmación generalizada en todos los foros especializados, pero aún se producen situaciones de hecho en las que, en la práctica, se reconduce a la mediación».

³⁵ Vid. LARRAURI PIJOÁN, E., «Justicia restauradora y violencia doméstica. Los derechos humanos de la mujer», AAVV., *Cursos de derechos humanos Donostia-San Sebastián. ¿Es una alternativa viable?*, Vol. III, UPV, 2007, p. 131.

³⁶ Vid. MARTÍN DIZ, F., «Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿Es una alternativa viable?», *Revista Derecho en libertad*, núm. 3, 2009, p. 183.

³⁷ Vid. ESPÍN ALBA, I., «Mediación familiar y violencia de género: Encuentros y desencuentros», en Pérez Vallejo, A. (Coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, Diagnóstico y prospectiva*, Atelier, Madrid, 2009, p. 290.

de igualdad con el ofensor, haciéndola así «corresponsable» de la violencia sufrida³⁸.

Las posturas contrarias a la utilización de la mediación en violencia de género encuentran su justificación sin fisuras en la prohibición de la ley. Su justificación vendría fundamentada en la especial situación de desigualdad y asimetría que existe en estos supuestos de violencia de género y, dado que los procesos de mediación deben arrancar desde posiciones de un cierto equilibrio entre las partes, no cabría la extensión de estos procesos de mediación a los supuestos de violencia de género³⁹. Autores como Martínez García, parten de la evidencia de una posición de desigualdad estructural entre las partes y, por ello, considera que la prohibición de mediación en los supuestos de violencia de género debería extenderse a todas las cuestiones, civiles o penales, que puedan estar relacionadas con las partes⁴⁰. En el mismo sentido, Del Pozo Pérez, considera que no hay maltrato de género esporádico, sino que el fenómeno de violencia de género comienza con una primera agresión que supone la violación de un código ético que, una vez traspasado por el hombre infractor, se traduce en una ausencia total de límites en la relación. Por lo tanto, la prohibición de la mediación de la LOIVG de 2004, sería correcta e incuestionable⁴¹.

En esta posición doctrinal, por tanto, se consume la presunción de la Ley Integral de que la mujer es más débil o vulnerable que el hombre, traduciéndose de forma automática en que cualquier ataque del hombre contra la mujer expresa una intencionalidad de someterla, por lo que queda justificado que el derecho penal dote de una posición reforzada a estas situaciones. Otro argumento sería el que la mediación en violencia de género puede contribuir al incremento de las cifras de retirada de denuncias. Todo ello, partiendo de la consideración de que la denuncia es un acto de afirmación de la autoestima y de reparación del daño causado por el agresor que, además, favorece la propia seguridad de la víctima y podría frustrar los posibles beneficios que tiene una denuncia. Por último, un argumento más contra la mediación en esta materia, sería el que considera que el incipiente

³⁸ Vid. OSBORNE, R., «A vueltas con la ley integral de violencia de género. ¿Es la vía penal el único camino?», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 212, 2009, p. 148.

³⁹ Vid. MARTÍN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género. Análisis y argumentos», en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 687.

⁴⁰ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad. Claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos», en AAVV, *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor; 2012, p. 414

⁴¹ Vid. DEL POZO PÉREZ, M., «Es adecuada la prohibición de mediación del artículo 44.5 de la LO 1/2004?», en Martín Diz, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p. 315 y ss.

desarrollo y consolidación de la mediación como método complementario al proceso judicial, podría verse inevitablemente lastrado, si se hace uso de la mediación en casos dudosos donde ha ocurrido maltrato, sometiéndola a un desgaste anticipado en supuestos poco adecuados, teniendo en cuenta que la mediación todavía no ha tenido suficiente calado en nuestra cultura jurídica y social.

Frente a quienes niegan categóricamente el uso de la mediación cuando ha existido violencia de género, encontramos otras opiniones favorables a su admisión, rechazando la opción de negar por sistema la posibilidad de acudir a la mediación cuando ha existido un incidente de esta naturaleza⁴². Sosteniendo esta posición favorable, Castillejo Manzanares, ofrece al respecto varias razones. *En primer lugar*, considera que es desconcertante que se prohíba algo, la mediación penal, que en realidad no está regulado de forma específica como tal; *en segundo lugar*, porque no se están teniendo en cuenta los grandes efectos reparadores y pacificadores que la mediación puede producir en este tipo de conflicto, y; *en tercer lugar*, porque se ignora el alto número de sentencias absolutorias, debidas a lo que se considera «mecanismos de autodesprotección institucionalizada», que empujan a las víctimas a entorpecer la justicia formal, cuando un encuentro dialogado de mediación, quizás podría reducir el conflicto evitando algunas medidas que, a la larga, pueden resultar excesivamente paternalistas para la mujer, como es el alejamiento obligatorio o la detención automática del varón⁴³.

Desde este mismo punto de vista favorable a la mediación, Guardiola Lago, considera que habría que estudiar, caso por caso, el tipo de violencia a la que nos enfrentamos. Es decir, habría que examinar si se trata de una violencia simétrica, bidireccional, recíproca y pública, donde la identidad y la autoestima están preservadas porque ambos sujetos se encuentran en una relación aproximada de igualdad. Cosa distinta, es si nos encontramos con una violencia asimétrica, construida sobre una pauta complementaria de diferencia, donde uno de los actores (el hombre) se posiciona en una condición de superioridad

⁴² Vid. COBB, S., *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, trad. de María Natalia Prunes y Cecilia Sobrom, Gedisa, Barcelona, 2016, p. 381. El «modelo de mediación narrativo» de Sara Cobb, no ve ningún límite para la aplicación de la mediación en materia de violencia de género. Es cierto que este modelo tiene una aplicación muy extendida, sobre todo en el campo de las relaciones familiares y, por eso, ha sido criticado cuando es aplicado a otros ámbitos, por considerarse una extensión de la terapia familiar aplicable a cualquier tipo de conflicto y con unas bases teóricas de carácter general.

⁴³ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género», en De Hoyos Sancho, M. (Coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49-54. Entendiendo, al igual que esta autora, que la mediación penal sea todavía posible después de la fase de instrucción, dada que la ubicación del precepto de la LOPJ que la prohíbe, se encuentra, como hemos dicho, en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

respecto al otro y, asimismo, se siente con derecho al infligir a la mujer un sufrimiento desde su construcción de la realidad⁴⁴. De ahí que, si consideramos que la violencia de género se refiere a la violencia que tiene connotaciones de dominio del varón sobre su pareja femenina, en cuanto que se exige que tal violencia sea manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, en tales casos la práctica de mediación puede estar vetada con razón. Sin embargo, nada se opondría a considerar aplicable la mediación en el resto de casos, en los que se haya producido algún tipo de violencia, pero no se puede encuadrar en este concepto de dominación masculina frente al que se reacciona en la LOIVG.

Por diversos motivos de percepción social de la inseguridad, cabe afirmar que la política criminal de los últimos tiempos, como ha señalado Ferrajoli, se ha fundamentado en la agravación patológica de las penas como respuesta punitiva de las agresiones, incluso de las más leves⁴⁵. De esta forma, se está elevando a la categoría de delito, comportamientos que, si bien tienen o pueden tener una connotación sexista cuando son realizados por el hombre sobre su pareja femenina, no siempre son tan graves como para poder ser calificados como violencia y, por tanto, no serían automáticamente portadores del mayor desvalor que se supone al hecho. En estos casos, por razón de que el sujeto que lo realiza sea un hombre sobre su pareja femenina⁴⁶. Se abriría así el camino a la posibilidad de dejar una vía a la mediación en materia de violencia de género, en atención a la concreta gravedad de la infracción cometida, excluyendo siempre, por supuesto, sus formas más graves⁴⁷.

La duda sobre el alcance de la prohibición de la mediación en violencia de género es otra de las cuestiones que se plantean. Es decir, se cuestiona si la prohibición de la mediación llega hasta los asuntos

⁴⁴ Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 12, 2009, p. 30.

⁴⁵ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia (2. Teoría de la democracia)*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 357: «Se han producido dos expansiones patológicas del derecho penal que han acentuado sus tradicionales caracteres irracionales y clasistas. Sobre todo la expansión del derecho de la *penalización*, es decir, de la inflación legislativa y, con ello, de las figuras de delito y del volumen de los asuntos penales; en segundo lugar, la expansión de hecho del *encarcelamiento*, es decir, del volumen de aflicciones punitivas y de la cantidad de personas presas y sometidas a control penal. Las dos expansiones... en la dirección de un *derecho penal máximo*».

⁴⁶ Vid. LORENTE ACOSTA, M., y OTROS, «Síndrome de agresión a la mujer, síndrome de maltrato a la mujer», *Revista Electrónica Código Penal y Criminal*, núm. 2, 2000, pp. 37-45.

⁴⁷ Vid. ESTIRADO DE CABO, C., «Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, 2007, pp. 207-216.

civiles, por ser la familia el único tipo de mediación regulada en España. Es decir, podríamos plantearnos si la prohibición de la mediación abarca a todos los asuntos sobre los que recae la competencia total de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o, por el contrario, solo se refiere a lo que la propia LOIVG denomina como violencia de género, que es un catálogo mucho más reducido de delitos. También se discute si la prohibición de la mediación opera solo durante la fase de instrucción, por estar en materia penal la competencia atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, pero no afectaría a la fase de enjuiciamiento. Por último, si al excluir la LOIVG expresamente la mediación, se cuestiona si quedan también incluidos en la prohibición otros instrumentos de justicia restaurativa distintos de la mediación, en los que el hombre voluntariamente repare los agravios a la víctima femenina, sin que se produzca un diálogo entre ellos, propio de la mediación⁴⁸.

Accentuando más el debate, Cervelló ha señalado que la prohibición de la mediación, tal como se ha regulado en la LOIVG, supone un grave inconveniente; pues lo determinante para la selección del caso susceptible de mediación, no debe ser la tipología delictiva general o concreta, sino la combinación de diversos factores que deben ser individualizados y estudiados particularmente en cada caso. Por eso, al excluir la mediación en violencia de género de forma tajante, se estaría ignorando un medio de resolución de conflictos que se caracteriza por ser pacífico, por respetar los intereses de las dos partes y por tener un alto contenido educativo, debido al compromiso que exige en comportamientos futuros⁴⁹.

La falta de diferenciación sobre las cuestiones a mediar o la gravedad de los hechos ocurridos a la hora de prohibir la mediación, se considera como un posible efecto perverso que produce la LOIVG. Se estaría impidiendo a las mujeres su derecho a decidir por sí mismas, si quieren o no participar en el proceso de mediación; decidiendo por ellas y perpetuando la desigualdad institucionalizada por razón de su sexo, sin atender a ningún otro tipo de cuestión. La posibilidad de aplicar técnicas consensuadas como la mediación, cuando ya ha existido alguna forma de maltrato no grave o intenso y, por tanto, que no haya afectado de manera significativa ni definitiva a la igual capacidad que han de tener la partes para sostener sus intereses y posiciones en el proceso mediador, es una tesis que está abriéndose paso cada vez con mayor fuerza⁵⁰.

⁴⁸ Vid. MERINO ORTIZ, C., y ROMERA ANTÓ, C., «Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: Dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo», *Eguzkilore*, núm. 12, 1998, p. 288.

⁴⁹ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico», *Revista Penal*, núm. 31, 2013, pp. 22-51.

⁵⁰ Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», ob. cit., p. 31.

Como ha señalado Domínguez Izquierdo, habría que excluir la mediación en los casos en los que el delito cometido sea el de violencia habitual en el ámbito doméstico, según el artículo 173.2 del Código Penal, dado que la habitualidad en el ejercicio de la violencia es precisamente lo que le confiere ese potencial de humillación y sometimiento de quien la padece al poder de quien la ejerce, dejando a la víctima postrada frente a su agresor. Estos supuestos son aquellos en los que la violencia ejercida por el varón se muestran como un mecanismo de dominación y en los que, paradójicamente, el legislador no ha introducido la tipificación diferenciada en razón de la condición de varón del agresor, que sí es tenida en cuenta en las agresiones leves, lo que por su carácter ocasional no comportan necesariamente ese potencial discriminador⁵¹. En el delito del artículo 173.2 CP, por tanto, se trata de supuestos de violencia asimétrica, en los que manifiestamente faltaría la igualdad aproximada de las partes para sostener sus derechos e intereses en el proceso mediador.

Tampoco podría acudirse a la mediación cuando la infracción cometida fuesen las lesiones del artículo 148.1 del CP. En este supuesto, se trata de un resultado lesivo de notable entidad y necesitado de tratamiento médico o quirúrgico. Por último, en el caso de las amenazas del artículo 169 del CP, en las que la gravedad vendría definida por la entidad del mal amenazado para los bienes personales de la víctima, así como de la verosimilitud o seriedad de tal amenaza, también se excluiría la mediación. Todos los anteriores son supuestos en los que difícilmente puede concurrir la igual capacidad de las partes que se requiere en todo proceso de mediación. Sin embargo, sí podría encuadrarse la mediación en aquellos tipos penales que originariamente se consideraban faltas y que la Ley 11/2003 elevó a la categoría de delito, o en los actuales delitos leves, pues, tanto por su carácter de hecho aislado u ocasional, como por la poca entidad objetiva de la lesión, no se produciría un desequilibrio definitivo e irrecuperable en el plano de igualdad, en el que deben encontrarse siempre las dos partes en la mediación⁵².

Tal y como ha señalado Jiménez Muñoz: «En esas ocasiones, en las que puede haber una mala gestión de una crisis de pareja, no es entendible que la reconducción a una mediación que voluntariamente quieran realizar mediador y víctima, o instada por el órgano judicial, se vea impedida por mandato de un legislador que no admite matices. Cabría entonces la mediación, siempre que se acreditase que la vícti-

⁵¹ Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., «La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad», en Jiménez Díaz, M. J. (Coord.), *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 297-324.

⁵² Vid. LÓPEZ-ARIAS TESTA, M., «Malos tratos en la situación familiar», en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial. LO 14/1999 de protección de las víctimas de malos tratos*, Colex, Madrid, 1999, pp. 135 y ss.

ma está en condiciones de negociar dignamente»⁵³. Refiriéndose a supuestos en los que; o bien, no hay desequilibrio de poder entre las partes; o bien, el desequilibrio no es relevante aunque medie algún tipo de maltrato sobre la mujer de los que atraen la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La mediación, para todos los posibles casos de menor gravedad, podría considerarse como una alternativa en familias que han atravesado episodios de violencia de género, pero que, introduciendo todas las precauciones y adaptaciones precisas, pueden salir beneficiados con este método complementario al proceso jurisdiccional⁵⁴.

Para valorar si es adecuada la prohibición de mediación respecto de la violencia de género, según considera Cervelló Donderis, habría que tener en cuenta dos factores. *En primer lugar*, la libertad que debe existir para que los Estados decidan a través de su legislación, en qué conductas puede servir la mediación y en cuáles no, aconsejando tomar en consideración factores como; la naturaleza y gravedad del delito, el daño causado, la reiteración de las conductas, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad de decisión. *En segundo lugar*, que lo prioritario en estos casos sea siempre la protección a la víctima, permitiendo acudir a la justicia restaurativa de la mediación solo si redunde en interés de la misma⁵⁵.

Partiendo de que no todas las víctimas de maltrato son igualmente vulnerables a sus efectos, no cabría asumir una imagen uniformada de la víctima como mujer desvalida, incapaz de defender por sí misma sus intereses. Pero, cuando el maltrato revista una notable gravedad, o bien sea reiterado y cronificado en el tiempo, resulta difícil no partir, *prima facie*, de una presunción de situación de vulnerabilidad de la mujer⁵⁶. No obstante, autores como Ríos Martín, Pascual Rodríguez, Bibiano Guillén y Segovia Bernabé, consideran que el ámbito doméstico es un medio idóneo para transformar el conflicto entre las personas que se relacionan dentro del mismo y, que no solo ha de permitirse que la víctima se sienta reparada, sino también que se restablezcan los cauces de comunicación rotos o seriamente deteriorados, para que se

⁵³ JIMÉNEZ MUÑOZ, B., «En defensa de la mediación familiar en violencia de género», *Revista Derecho de Familia*, núm. 39, 2008, p. 32.

⁵⁴ Vid. GARCÍA-LONGORIA Y SERRANO, M.^a P., «Actualidad de la mediación familiar en España y México», en Gorjón Gomez, F. y López Peláez, A. (Coords.), *Estado del arte de la mediación*, ob. cit., p. 94.

⁵⁵ Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «Violencia de género: El delito de violencia en el ámbito familiar», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2003, pp. 6-8.

⁵⁶ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, E., «¿Cabe la mediación familiar en las crisis de pareja con violencia entre sus miembros?», ob. cit., p. 144.

adopten las decisiones civiles oportunas de separación, divorcio o, en su caso, de restablecimiento relacional⁵⁷.

Hasta aquí el debate doctrinal sobre la oportunidad o no de la mediación en materia de violencia de género. Sin embargo, considero excesivo llevar el debate hacia un enfrentamiento en el que estarían en juego nuestra visión de la democracia y de los derechos fundamentales. Esto estaría ocurriendo cuando se califican de «inquietantes» las reacciones contrarias del «feminismo institucional» a incorporar la mediación en violencia de género⁵⁸, considerando, sin ningún argumento plausible, que «el feminismo» estaría detrás de una actitud paternalista del Estado hacia la mujer en esta materia de violencia de género⁵⁹. Por el contrario, la realidad de la violencia de género es un problema que va más allá del movimiento feminista. Implica a nuestra forma de entender los derechos y la democracia. Por eso, aunque en la última parte de este trabajo se va a argumentar en favor de una posible mediación en «casos menos graves» de violencia de género, espero que mis argumentos se entiendan como una propuesta de mejora a la necesaria respuesta jurídico-penal y social frente a la violencia de género.

4. EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA POSIBILIDAD DE MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO

Visto todo lo anterior, quizás los cauces jurisdiccionales no siempre sean los más adecuados para resolver algunos conflictos que se producen en la sociedad. Dada la complejidad del proceso jurisdiccional, este no resulta ser ni el más fácil, ni el único posible. Se hace

⁵⁷ Vid. RÍOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008, p. 107.

⁵⁸ Vid. ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 25 y ss.

⁵⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R., «Problemas que presenta el tratamiento legal y jurisprudencial de la violencia de género», en Castillejo Manzanares, R. (Dir.), *Justicia restaurativa y violencia de género*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2014, p. 61: «Las políticas penales basadas en ignorar la voluntad de la víctima de la violencia de género han garantizado a los movimientos feministas un cierto control sobre la respuesta estatal a la conducta violenta, al incrementar las posibilidades de que se sancione al agresor, ha sido a cambio de limitar el control ejercido por la mujer como individuo. Además, estas políticas operan de modo que aumenta el control estatal sobre las mujeres, en particular las marginadas –sea por razón de estatus socio-económico, nacionalidad, raza, etc.– Por todo ello, el reto consiste en desarrollar estrategias que sigan garantizando una respuesta estatal contundente frente a la violencia, pero sin que supongan el correlativo incremento del control estatal sobre las mujeres».

necesario acudir también a una metodología basada en diversas disciplinas sociales, como la psicología, sociología o el trabajo social, pues, el tratamiento jurídico del conflicto solo incide en una parte del problema y no lo soluciona de forma satisfactoria, dadas las estadísticas negativas sobre violencia de género de los últimos años. También se ha argumentado que la respuesta penal de la LOIVG, mediante la tipificación como delito de las formas de maltrato de menor entidad, centrada en la amenaza de la pena y la consiguiente condena del agresor, parece conllevar la implícita voluntad de no continuar la relación sentimental por parte de la mujer protegida por la ley, por lo que no se deja a la mujer ninguna alternativa legal a mantener una relación con el padre de sus hijos, dado el caso. Pero ello, las restricciones penales, no siempre se corresponden con lo que ocurre en la realidad, dando lugar a quebrantamientos de medidas penales y otros problemas de difícil solución⁶⁰.

Las materias que son objeto de las controversias en los conflictos de pareja, así como la índole personal y privada de muchos aspectos de la relación, pertenecen a la intimidad de la familia y al cuidado de los hijos, todo lo cual hace imposible que pueda darse una ruptura tajante a toda relación de pareja. Es decir, hay temas que conllevan la prolongación de las relaciones y la comunicación entre la pareja, al menos hasta que los hijos son mayores de edad o alcanzan la independencia económica. Por eso, los beneficios de la mediación como técnica extrajudicial, podrían redundar en una reducción del nivel de tensión entre las partes y su capacitación para resolver por sí mismos sus posibles diferencias futuras. Pues, a pesar de un pasado de violencia, las partes deberán seguir relacionándose mientras persistan, al menos, sus obligaciones hacia los hijos, siendo esta situación bastante común.

Como experta en mediación, sé que la mediación puede mostrarse como un recurso muy recomendable en cualquier conflicto de familia, por su carácter pacificador y al permitir canalizar y dar salida a las emociones fuera de la gestión de los puntos objeto de discrepancia y, en ese sentido, puede servir para prevenir que la conflictividad inherente a toda ruptura derive hacia el uso de la violencia. Asimismo, la expectativa de este procedimiento es que la persona acusada de violencia de género se responsabilizase de la conducta infractora y, para ello, la mediación puede constituirse como un método idóneo que facilite el diálogo, ayude a crear un nuevo clima más pacífico, minimizando las consecuencias negativas del proceso judicial y devolviendo cierto protagonismo a la sociedad civil, incrementándose a la vez la confianza en la administración de justicia y contribuyendo al empode-

⁶⁰ Vid. RUIZ MIGUEL, J. A., «La Ley contra la violencia de género y discriminación positiva», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, pp. 35-47.

ramiento de las mujeres como sujetos titulares de derechos en igualdad con los hombres⁶¹.

Establecidos algunos aspectos positivos de la mediación, incluir la mediación en aquellos casos de violencia de género menos graves, como instrumento facilitador de acuerdos, podría ser útil para transitar hacia formas negociales más idóneas y productivas. Con la mediación, se trata tanto de averiguar qué debatir y qué solucionar pero, de forma preeminente, se trata de averiguar cómo hacerlo. En estos casos, la persona mediadora debe conseguir un marco de interlocución adecuado para que el debate entre las partes se visibilice con claridad y que, la cuestión conflictiva, no resulte evadida, al centrarse la atención en los sujetos en un debate cooperativo, tal y como ha señalado Aguiló Regla⁶². La mediación, pues, podría introducirse en algunos casos menos graves de violencia de género, siempre desde el respeto a los derechos fundamentales y la idea del pacto y del libre acuerdo entre las partes, se observen con determinadas garantías. El valor de los pactos y su validez, procedería del hecho de que son expresión del ejercicio de la autonomía de los sujetos que participan, pues un pacto no voluntario sería una imposición, quedando la mediación fuera de los límites de los derechos fundamentales.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales, que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. Y la mediación ha de quedar incluida dentro de estos límites, sea en el ámbito del derecho privado o en su posible aplicación limitada a la violencia de género. Pues, si los derechos fundamentales funcionan como límites respecto de lo que se puede decidir, ello afecta tanto a las relaciones del ciudadano con el Estado, como a las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí. De ahí que podamos afirmar la existencia de una «eficacia horizontal en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales», con independencia de que el debate sobre los límites de esta eficacia siga abierto⁶³. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que los derechos fundamentales no son ilimitados⁶⁴, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengan establecidos en nuestra legislación democrática. En particular,

⁶¹ Vid. LAURENZO, P., «El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 2-3. <http://criminet.ugr.es/recpc/>. La autora da argumentos para descartar la idea de una discriminación positiva y considera que toda discriminación es negativa.

⁶² Vid. AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015, p. 101

⁶³ Vid. CAMPOS ZAMORA, F. J., «La eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado sobre la doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte», *Revista Judicial de Costa Rica*, núm. 119, junio 2016, pp. 81-104.

⁶⁴ STC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2.^o).

para el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, todos los derechos han de ejercerse de acuerdo con los dictados de la buena fe y conforme a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, lo que también podría aplicarse a la mediación en estos casos de violencia menos grave⁶⁵.

En los conflictos horizontales o entre particulares, el juez debe respetar la libertad individual, en su doble vertiente negocial y constitucional⁶⁶. Pero, es importante señalar lo que De Asís Roig denomina, *paradoja de la protección*, en la cual el Estado: «No solo tiene el deber de actuar para promover o facilitar el disfrute de ciertos derechos, sino también una obligación de proteger ese disfrute»⁶⁷. Así, si considerásemos viable legalizar la mediación penal para ciertos casos menos graves de violencia de género, al dar protagonismo a las partes en la resolución de su «conflicto», a diferencia de lo que ocurre cuando es inevitable que se produzcan injerencias estatales para garantizar los derechos, como ha señalado Venegas Grau⁶⁸, cuando se «enfrentan» dos particulares, no se puede invocar solo la protección del derecho fundamental de una de las dos partes para resolver el conflicto, pues generalmente se trata de colisiones entre varios derechos. Y, en este caso de mediación penal, además es que no ha de existir una distinta naturaleza entre derechos fundamentales y autonomía privada, pues el derecho a la autonomía privada también goza de protección constitucional y se entiende que se ejerce dentro de los márgenes constitucionales⁶⁹.

Por eso, el proceso de mediación penal para ciertos casos de violencia de género menos graves, estaría delimitada por lo que también señala Venegas Grau: «Realizar una ponderación de todos los derechos que entran en juego y que, a diferencia de lo que sucede en las relaciones verticales, no se refiere a una de las partes, sino a ambas... El Estado ya no es aquí el poder público que amenaza el ejercicio de los derechos (pues se trata de una relación privada), sino que desem-

⁶⁵ Vid. CARRASCO PERERA, A., «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, mayo-agosto 1984.

⁶⁶ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Estado social y sujeto privado», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Vol. 25, núm. 1, 1996, p. 439.

⁶⁷ DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 85

⁶⁸ Vid. VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 134.

⁶⁹ HESSE, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. I. Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995, p. 86: «Un derecho civil que descansa en la protección de la personalidad y sobre la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional de la Ley Fundamental. La libertad privada de la persona, que el derecho civil presupone, y para cuya salvaguarda y desarrollo dispone normas y procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir».

peña su función clásica de árbitro para resolver estos conflictos, teniendo presente su vinculación a unos derechos fundamentales que sólo indirectamente (y desde su dimensión objetiva) obligan a los sujetos privados»⁷⁰. Esta «paradoja de la protección», citando de nuevo a De Asís Roig, no cabe duda de que sería el reto más importante a solventar por la mediación penal en materia de violencia de género en casos menos graves.

No obstante lo anterior, compartimos la idea de Rey Martínez, cuando entiende que: «La incidencia de la respuesta pública a la violencia de género, no debería estar centrada solo en el derecho penal, sino en las políticas sociales y en la protección real y efectiva de las víctimas, en la actualidad insuficientemente aseguradas»⁷¹. Es cierto que con la nueva reforma del Código penal de 2015, una legislación sobre mediación en el ámbito penal parece más difícil. Para llevar la mediación al derecho penal, sería necesario dar un nuevo impulso al principio de intervención mínima, con la despenalización de las pequeñas infracciones, la introducción de principio de oportunidad en la acusación pública, para permitir la posibilidad de no ejercitar la acción penal o no continuar con el procedimiento, aunque existiera un hecho que revistiera la existencia de delito, siempre que concurriesen determinados requisitos o presupuestos que deberían establecerse y desarrollarse legalmente. Por ejemplo, la posibilidad de sustituir la pena solo cuando sea posible por una serie de efectos, entre los que deberían ser prioritarios, la protección de la víctima y la satisfacción de sus intereses, también los económicos y de otro tipo.

Como solución a este reto de la mediación penal, lo más que se podría hacer es una legislación combinada de intervención de la jurisdicción civil y penal, dados los casos. Como han señalado García Álvarez y Carpio Delgado, la decisión que pueda tomar cada Estado democrático, sobre situar «algunos» hechos de violencia ocurridos en el ámbito familiar dentro del ámbito de la jurisdicción civil, en vez del campo de actuaciones de la jurisdicción penal, revelaría una mejor comprensión de la violencia de género en el ámbito familiar por parte de los poderes públicos⁷². Los sistemas legales que atribuyen a la jurisdicción civil la primera intervención, salvo que los hechos estén descritos en sus normas penales como graves, implícitamente están aceptando que «determinados hechos violentos» no merecen la reac-

⁷⁰ VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, ob. cit., p. 134.

⁷¹ REY MARTÍNEZ, F., «La ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 424.

⁷² Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P., y CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 94 y ss.

ción retributiva del Estado a través del *ius puniendi*, lo que no significa que estos hechos queden fuera de la jurisdicción del Estado⁷³.

En nuestro ordenamiento jurídico, la posible regulación de la mediación en el ámbito de la violencia de género, para casos menos graves, a través de un modelo combinado de intervención civil y penal, presenta dos obstáculos; uno, de contenido legal y, otro, de carácter relacional. El primero de ellos es la obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento, obstáculo que podría salvarse modificando el artículo 57 del Código penal, eliminando el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial, en los casos en que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada, a través de un proceso de mediación con garantías. El segundo obstáculo, refiriéndonos a la desigualdad que pudiera existir entre las partes, en relación con el desequilibrio de poder. Este podría ser salvado con el establecimiento de algunos requisitos previos. El primero, con el requisito de que no pudiera ser posible la mediación en supuestos graves o reiterados de violencia, donde la situación de la mujer en la mediación constituya una clara indefensión. El segundo, consistiría en observar las cautelas necesarias en la mediación para este ámbito tan problemático. Por ejemplo, que los mediadores estuviesen formados y especializados en esta materia de violencia de género, con un reciclaje continuo; que los programas de mediación instaurasen procedimientos para mejorar la seguridad de las mujeres víctimas durante y después de la mediación (entrevistas en el momento de llegada al programa para identificar la existencia de malos tratos, sesiones de mediación con las dos partes por separado, equipos de mediación mixtos, formados por un hombre y una mujer, asistencia de los defensores de las víctimas, abogados, psicólogos y trabajadores sociales).

Por último, que la mujer víctima en estos casos, solo podría participar en este procedimiento de mediación, una vez que hubiese recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor en condiciones de igualdad. Así, a estos efectos, sería la voluntad de la víctima y el informe elaborado por expertos, los que deberían determinar la posibilidad de realización de este procedimiento de mediación⁷⁴.

En cuanto que los derechos fundamentales son expresión de la libertad de todos, también en la mediación, tanto las partes como la persona mediadora, han de tener en cuenta las posibles restricciones de las declaraciones de voluntad de una de las partes, sobre todo,

⁷³ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, y ALONSO SALGADO, C. «Mediación en violencia de género», *Revista Mediación*, núm. 7, 2011, pp. 38-44.

⁷⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 135: «Debemos preocuparnos cuando la sociedad quiere imponernos a toda costa las soluciones autocompositivas, mediaciones, conciliaciones, conformidades, en temas generales y en estos más concretos, o los prohíba o los limite sustancialmente, de manera que se apliquen en toda su plenitud los viejos principios penales retributivos, o sea, quien la hace, la paga».

cuando limiten la voluntad de la otra. Pues, incluso los partidarios de la tesis de los efectos inmediatos de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, como Peces-Barba⁷⁵, señalan que los poderes democráticos no pueden entrometerse hasta el punto de anular el libre ejercicio de los derechos, pues, además de estar sometidos a la voluntad de las mayorías, en atención a los «valores superiores del ordenamiento jurídico», la libertad entre otros valores superiores es un valor del que nunca puede carecer nuestro ordenamiento jurídico y la actuación de los poderes públicos. Por eso, cualquier regulación jurídica de la mediación como sistema autocompositivo de resolución de conflictos, sin respeto a la autonomía y sin respeto a los derechos fundamentales, no puede ser válida. Y mucho menos en este terreno de la violencia de género. Pues, en el supuesto de que la mediación fuese aceptada en casos menos graves de violencia de género, la persona mediadora debería fijarse no solo en el contenido del pacto al que hubieran podido llegar las partes, sino, con especial cuidado, debería concentrar su atención en cómo se ha llevado a cabo la negociación de ese pacto. Es decir, se ha de estar muy atento al debate orientado a alcanzar el pacto, lo que debe tenerse muy en cuenta en casos donde se ha producido violencia.

Esto nos lleva a una cuestión que es necesario señalar. La mediación en casos de violencia de género, limitándose siempre a los casos menos graves, implica que la persona mediadora ha de estar formada en derechos fundamentales, para hacer de la mediación una extensión del derecho a la tutela judicial efectiva y del resto de derechos fundamentales. La mediación es el proceso en el que interviene la persona mediadora, sin decidir sobre el resultado de la mediación, que queda en manos del acuerdo de las partes. Pero, al igual que en el proceso judicial el juez debe impedir cualquier discriminación de derechos a alguna de las partes, la persona mediadora debe también estar atenta a que, durante el proceso de mediación, no se produzca discriminación y menoscabo de derechos a alguna de las partes, singularmente los de la mujer. Lo cual ha de extremarse en la posible mediación en casos menos graves de violencia de género, naturalmente⁷⁶.

Por último, las dificultades que desde del sistema de justicia penal de adultos se constatan para aplicar la mediación penal a los delitos de violencia de género menos graves, parten de la asunción acertada de una situación de vulnerabilidad general de la mujer. Por eso, dar el paso para introducir programas de mediación con plenas garantías en delitos menos graves de violencia de género, ha de contemplarse

⁷⁵ Vid. PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, BOE, Madrid, 1995, pp. 200 y ss.

⁷⁶ Vid. AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, ob. cit., p. 120.

como un elemento disponible por las mujeres para ejercer sus derechos de forma normalizada, es decir, como una ciudadana más⁷⁷.

Mi conclusión sobre el tema, pues, es que la mediación puede servir como medio de resolución específico de ciertos casos menos graves de violencia de género, manteniéndose siempre el marco de la exigencia de la responsabilidad penal en el supuesto de que la víctima, claro está, no quiera entrar en mediación. Pero, para que esta opción de mediación sea algo realista, sería esencial su desarrollo legislativo específico y diferenciado. Pues, según considero, la principal razón por la cual todavía no se puede admitir este procedimiento para reclamar la responsabilidad penal en materia de violencia de género, reside en la ausencia de un desarrollo legislativo más amplio sobre la mediación y con una mayor perspectiva, donde habría que insertar la mediación como un elemento más de nuestro sistema de garantías de los derechos⁷⁸.

⁷⁷ Vid. SÁEZ RODRÍGUEZ, C., «La estrategia penal contra la violencia de género en su complicado encaje con la mediación penal», en Gómez Campelo, E., y Valvueda González, F. (Coords.), *Igualdad de género: Una visión jurídica plural*, ob. cit., pp. 211-272.

⁷⁸ Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación en violencia de género, una solución o un problema», ob. cit., p. 212.

Un derecho de palabras y silencios

A law made of words and silences

Por M.^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

RESUMEN

Como todo vehículo de comunicación y de expresión el derecho es lenguaje. Un lenguaje construido sobre palabras y silencios. Los silencios en el derecho se producen en contextos muy diversos, permitiendo al jurista explorar nuevas vías de relación. El derecho reacciona ante el silencio, se pronuncia sobre él, haciéndolo parte del contenido de derechos, como en el derecho de defensa y en la libertad de expresión. Le permite garantizar el derecho al honor, a la intimidad, la inviolabilidad de domicilio o el libre desarrollo de la personalidad. Advierte de sus peligros en la censura. Lucha contra él para recuperar la memoria. Lo impone para hacer efectivo el olvido. Lo explora para hacerle referente en la constitución, continuación o extinción de una relación jurídica; para dar por estimada o desestimada una petición a la administración; y lo convierte en una oportunidad para producir nuevo derecho.

Palabras clave: *silencio, libertad de expresión, censura, memoria, olvido, derecho al silencio.*

ABSTRACT

As any vehicle of communication and expression, law is language. A language built on words and silences. The silences in law occur in very different

contexts allowing the jurist to explore new ways of relationship. The law reacts to silence, pronounces upon it, making it part of the content of rights, in the right of defense and in the freedom of expression. It guarantees the right to honour, privacy, inviolability of domicile or the free development of the personality. It warns of the dangers in censorship. Fights against it to recover the memory. Law imposes it to make oblivion effective. Explores it to make it reference in the creation, continuation or termination of a legal relationship; to resolve a petition to the Administration as estimated or rejected; and turns it into an opportunity to produce new law.

Key words: *silence, freedom of expression, censorship, memory, oblivion, right to silence.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL SILENCIO COMO ELECCIÓN O IMPOSICIÓN.—2. PALABRAS Y SILENCIOS: CONTENIDOS Y LÍMITES DE LOS DERECHOS. 2.1 *Libertad de expresión y censura.* —2.2 *Derecho a la memoria y derecho al olvido.* 2.3 *Derecho fundamental al silencio y deberes correlativos.*—3. CALLAR ES DECIR: LOS SILENCIOS CON-SENTIDOS.—4. EL SILENCIO DEL LEGISLADOR: DEL NO DERECHO AL NUEVO DERECHO.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: SILENCE AS CHOICE OR IMPOSITION.—2. WORDS AND SILENCES: CONTENTS AND LIMITS OF RIGHTS. 2.1 *Freedom of expression and censorship.* 2.2 *Right to memory and right to oblivion.* 2.3 *Fundamental right to silence and relative duties.*—3. BEING QUIET IS TO SAY: THE SILENCES WITH SENSE.—4. THE SILENCE OF THE LEGISLATOR: FROM THE NO LAW TO THE NEW LAW.—5. CONCLUSIONS.—6. REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN: EL SILENCIO COMO ELECCIÓN O IMPOSICIÓN

Mientras son abundantes los estudios sobre el lenguaje que tienen de referencia a la palabra, como vehículo de representación, comunicación, transmisión y modulación del pensamiento, el lenguaje del silencio está mucho menos explorado¹. Existe una larga tradición sobre la historia de la palabra que no tiene una correspondencia en intensidad con una historia del silencio. Un silencio tratado sobre todo dentro de los límites, casi como un apéndice, de la palabra. El silencio sería así la palabra que no se articula, la que no se dice, la que no se

¹ HALL, E. T., *El lenguaje silencioso*, trad. C. Córdoba, Alianza, Madrid, 1989, pp. 7-8.

oye; aquel vacío que precede o sucede a la palabra. Una pausa antes o después de decir, una respuesta o una ausencia de respuesta.

Sin embargo, esta ausencia de sonoridad es también una forma de expresión. El lenguaje es palabra y es silencio². El silencio habla y es capaz de articular el pensamiento. No es entonces ausencia sino presencia, es un vacío sonoro pero, paradójicamente, puede ser ruidoso porque puede decir muchas cosas. No hablar puede ser tan expresivo como decir, el silencio puede ser elocuente³. Para Heidegger guardar silencio es decir, ya que «nunca, en ninguna lengua, lo expresado en el lenguaje es lo dicho»⁴, porque «callar es algo que de modo auténtico se hace en el hablar y solo puede hacerse en el hablar»⁵. El silencio, decía Sartre, es un momento del lenguaje, callarse «no es quedarse mudo, sino negarse a hablar, es decir, hablar todavía»⁶.

Ahora bien, si complejo es atribuir sentido a la palabra más lo es atribuírselo al silencio. El silencio comunica, expresa, habla, pero lo que dice depende de muchos factores que acompañan a la ausencia de palabra. El silencio puede ser prudencia, reflexión, respeto, necesidad, imposibilidad, censura, huida, cobardía, insolencia, conspiración, desconfianza, temor... Puede representar una forma de defensa, incluso de resistencia, pero también de poder⁷. Puede ser una ventana que se abre a otras alternativas frente a lo dicho, a transformar ciertas situaciones consolidadas y apoyadas por palabras. Pero también puede ser un muro que sirva para refrendar lo ya dicho y dificulte o imposibilite otros pensamientos, ideas y acciones.

Uno de los contextos más importantes que ha de tenerse en cuenta para poder valorar el sentido del silencio es si se produce como resultado de una libre elección o de una imposición.

² «Toda conversación es un tejer de silencios y palabras, un baile de pausa y hablar» AVENDAÑO AYESTARÁN, M., *Habla el silencio*, Trabajo Fin de Máster Filosofía práctica y teórica, Especialidad: Lógica, historia y filosofía de la ciencia, tutor: J. Claramonte Arufat, Convocatoria junio 2017, UNED, p. 15.

³ Cfr. BURKE, P., *Hablar y callar. Funciones sociales del lenguaje a través de la historia*, trad. A. L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 155. Ver también RELLA, F., *El silencio y las palabras. El pensamiento en tiempos de crisis*, trad. A. Fuentes Marcel, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 20-22.

⁴ HEIDEGGER, M., *Desde la experiencia del Pensar*, edición bilingüe de F. Duque, Abada, Madrid, 2005, p. 31.

⁵ *Id.*, *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*, trad. J. Aspíunza, Alianza, Madrid, 2006, p. 334.

⁶ SARTRE, J. P., *¿Qué es la literatura?*, trad. A. Bernárdez, Losada, Buenos Aires, 1967, p. 54.

⁷ Cfr. CANETTI, E., *Masa y poder*, Obra completa 1, trad. J. J. del Solar, Debolsillo, Barcelona, 2010, pp. 426, 434. Quizás porque como señala en su personaje de *Nuncadebe* las palabras oprimen, tanto las propias como las ajenas y hay que salir a tomar aire, *id.*, *El Testigo Escuchón. Cincuenta caracteres*, trad. J. J. del Solar, Anaya, Madrid, 1993, p. 210. La diversidad de manifestaciones del silencio, su naturaleza heterogénea o los «matices de la ambigua elocuencia del silencio», son analizados por LABRAÑA, M., *Ensayos sobre el silencio. Gestos, mapas y colores*, Siruela, Madrid, 2017, p. 35.

La distribución de los espacios, los sujetos y los contenidos del habla pueden convertirse en una estrategia de poder, de dominio e, incluso, de violencia de quienes pueden hacer uso de la palabra. Por el contrario, coloca en una situación de ausencia, vacío y/o resistencia a quienes privados de palabra, no pueden nombrar y, tal vez, ni siquiera ser nombrados⁸. A quien se le concede el derecho, o el privilegio, de la palabra se hace visible, mientras se propicia la invisibilidad y hasta el olvido a quienes no tienen el uso de la palabra.

Entre otros muchos, un ejemplo significativo de las relaciones de poder que pueden ser analizadas a través de la palabra y el silencio es la que corresponde a la tristemente tradicional jerarquía entre los sexos. Se ha dicho, no sin razón, que la pervivencia de la violencia contra las mujeres bajo sus múltiples formas es una de las más graves manifestaciones, y a la vez consecuencia, de haberlas silenciado, a ellas y a la violencia contra ellas ejercida, de forma constante a lo largo de la historia. Una ausencia de voz en el espacio público que, en contraste con la abundante y sobredimensionada palabra de los varones, ha supuesto la ausencia de sus relatos, sus experiencias, sus discursos, sus prioridades, sus valores, sus visiones de vida y sus propuestas⁹.

El recurso a uno de los grandes clásicos, como la obra *Antígona*, es muy ilustrativo sobre las terribles consecuencias de la ausencia de voz de las mujeres. Una gran tragedia sobre una muerte anunciada que habla con el gesto silencioso de una mujer desde el fondo de una caverna¹⁰. Kierkegaard, al respecto de *Antígona*, afirma que es «silencio necesariamente», vive pero está muerta porque su vida está enterrada por su secreto, su vida está encubierta y es silenciosa¹¹. Su muerte será el silencio definitivo pero su vida silenciosa y silenciada, impregnada por sus propios miedos, y los de quienes la rodean, anunciaban ya aquel desenlace fatal. Un miedo a «no ser capaces de superar las falacias de nuestro interior», que nos mantiene «dóciles, leales y obedientes», y que «induce a aceptar muchos aspectos de la opresión»¹². Ella no calló y murió, pero el silencio cómplice con la opresión tampoco la hubiera librado de la muerte en vida que supone el callar. Romper el silencio es entonces una posibilidad de vivir en libertad, «un reto de libertad para desterrar mentiras», para «reinterpretar los silencios» de quienes no pueden decir, teniendo mucho que

⁸ Cfr. RENAU, M. D., *La voz pública de las mujeres. Contra la «naturalidad» de la violencia, feminizar la política*, Icaria, Barcelona, 2009, pp. 20-21.

⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰ Cfr. VIRASORO, V., *De ironías y silencios. Notas para una filosofía impresionista*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 212.

¹¹ KIERKEGAARD, S., *De la tragedia*, trad. J. López Zavalía, Quadrata, Buenos Aires, 2004, pp. 97, 101.

¹² LORDE, A., *La hermana, la extranjera: artículos y conferencias*, trad. M. Corniero, Horas y Horas, Madrid, 2003, p. 43.

decir, para «descubrir los secretos»¹³. Frente a los silencios impuestos hablar es una ventana a la creatividad y a la transformación. Pero el precio de abrir esta ventana puede ser muy alto, por lo que callar puede ser una forma de resistencia, la espera del momento adecuado para decir.

El silencio puede tener otros efectos, así ha podido destacarse que frente al exceso de palabras, en un espacio invadido por el ruido, el silencio puede tener un efecto balsámico, ser una llamada a la tranquilidad y la reflexión¹⁴. Un silencio que pretenda tranquilidad, rebajar tensiones, que trace el camino hacia el hablar, que permita «el andar del pensamiento». El silencio sería entonces «la puesta en camino» que llama a la calma¹⁵, «el tranquilo corazón del *lichtung*»¹⁶.

El silencio podría también representar una forma de denuncia y rebelión contra el abuso de la palabra, ser incluso persuasivo y convincente en su pretensión de neutralizar el discurso del otro, frente a la opulencia de palabras que generan desconfianza. Steiner nos propone una reflexión sobre un silencio elegido voluntariamente, como una alternativa, ante la ausencia de palabras para expresar los horrores de la humanidad. En la línea de Wittgenstein, de lo que no se puede hablar hay que callar¹⁷, o de Adorno, ninguna poesía después de Auschwitz, el silencio es denuncia ante la impotencia de la palabra, porque cuando las palabras se llenan de «salvajismo y mentira», cuando nos instalamos en el «hemisferio oscuro de la palabra», nada resuena tanto como el silencio. Un silencio que es lenguaje en un escenario que se ha quedado mudo, en el que es preferible callar que ensalzar lo inhumano: «cuando el régimen totalitario es tan eficaz que cancela toda posibilidad de denuncia: ¡qué calle el poeta!»¹⁸.

Un silencio reflexivo, un silencio constructivo y un silencio respetuoso. Podemos guardar un minuto de silencio por quienes sufren a consecuencia de los excesos de la palabra pero sería, y vuelvo a Stei-

¹³ RICH, A., *Sobre mentiras, secretos y silencios*, trad. M. Dalton, Icaría, Barcelona, 1983, pp. 14-15.

¹⁴ «Frente a la palabra que no calla, la “hemorragia del discurso”, el silencio es sutura”, ayuda a comprender, “alimenta” una reflexión»: LE BRETON, D., *El silencio: aproximaciones*, trad. A. Temes, Sequitur, Madrid, 2006, p. 5.

¹⁵ HEIDEGGER, M., *De camino al habla*, trad. Y. Zimmermann, Ediciones del Serbal-Guitard, Barcelona, 1999, pp. 227, 228, 237.

¹⁶ ID., *Ser y tiempo*, trad. M. Garrido, J. L. Molinuevo y F. Duque, Tecnos, Madrid, 1999, p. 89. En la obra cinematográfica «El gran silencio», se nos dice «sólo en completo silencio se comienza a escuchar», o «sólo cuando el lenguaje se detiene se comienza a ver» (Película documental dirigida por Ph. Gröning, 2005).

¹⁷ WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 2003. La afirmación corresponde al aforismo 7, único que no contiene subdivisiones; previamente, en el prólogo, ya señala que podría resumirse el sentido entero del libro en las palabras: «lo que puede ser dicho, puede ser dicho claramente, y de lo que no se puede hablar hay que callar» (p. 47).

¹⁸ STEINER, G., *Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano*, trad. M. Ultorio, Gedisa, Barcelona, 1990, p. 85.

ner, «un silencio doble, clamoroso y desesperado, por el recuerdo de la palabra»¹⁹. Y una advertencia: ¡Cuidado!, que el «lenguaje se venga de quienes lo mutilan»²⁰. Como dice Derrida, hay que encontrar un lugar y un momento apropiado para la experiencia del silencio porque no decir evita la oportunidad a la dialéctica y nos puede convertir en «cómplice, testigo o aliado» de aquel o aquellos que hablando han dejado la «huella» de un acontecimiento, algo que «ha tenido lugar», entonces no hablar no atenúa nuestra responsabilidad²¹. Lo que pretendía ser una forma de denuncia, de resistencia puede percibirse como una forma de indiferencia y contribuir a reforzar lo que trataba de combatir²². En este sentido, Martin Luther King dijo que «cuando reflexionemos sobre el siglo xx, no nos parecerá lo más grave las fechorías de los malvados, sino el escandaloso silencio de las buenas personas». Creo que esta reflexión podría también servirnos para este siglo, José Luis Sampedro califica esta cita como estremecedora llevándole a exclamar que «¡hay que protestar, hay que definirse!»²³.

2. PALABRAS Y SILENCIOS: CONTENIDOS Y LÍMITES DE LOS DERECHOS

2.1 Libertad de expresión y censura

La libertad de expresión, de hacer uso de la palabra o guardar silencio, es una de las grandes conquistas en el ámbito de los derechos humanos y un elemento fundamental en la creación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas democráticos. Fundamental, por tanto, en el propio desarrollo e identidad personal, vinculado a la libertad de pensamiento, ideológica y religiosa, y también fundamental, en el ejercicio de nuestros derechos políticos, nuestra capacidad de autogobierno, siendo imprescindible en la formación de la opinión pública, la participación en las decisiones públicas y la consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático.

Frente a la libertad de hablar o de permanecer en silencio, la censura hace del silencio una imposición y representa una de las mayores amenazas a la libertad de expresión. El silencio que la censura impone no es un vacío sonoro. Silenciar a personas, espacios y temas requiere de muchas palabras, quizás de otras personas, quizás en otros espacios

¹⁹ *Ibidem*, p. 18.

²⁰ *Ibidem*, p. 57.

²¹ DERRIDA, J., «Cómo no hablar. Denegaciones», en *id.*, *Cómo no hablar y otros escritos*, trad. P. Peñalver, Proyectos A Ediciones, Barcelona, 1997, pp. 30-33.

²² Cfr. BLOCK DE BEHAR, L., *Una retórica del silencio. Funciones del lector y procedimientos de la lectura literaria*, Siglo XXI, México D. F., 1984, pp. 12, 17-22.

²³ SAMPEDRO, J. L., con la colaboración de LUCAS, O., *Escribir es vivir*, Debolsillo, Barcelona, 2013, p. 257.

y sobre otros temas de interés. Junto al silenciado habrá un censor, tal vez un delator, pero también un disidente; una pugna por el control de la palabra y por los espacios de habla. Estos silencios impuestos no provienen sólo de unas exigencias jurídicas o actos de poder expresos, también de presiones difusas que llegan desde el ámbito de la ética, los usos sociales, convencionalismos políticos o intereses económicos y que abocan a todo un universo del silencio representado en los tabúes, los eufemismos, lo implícito, lo no expresado, lo que se da por descontado, lo que no interesa al mercado –ni siquiera al de las ideas–, el hablar para no decir²⁴, lo políticamente incorrecto e, incluso, el ruido ensordecedor²⁵, en la censura del propio silencio, a través de la imposición de la palabra que no se quiere decir, los silencios institucionalmente determinados o los determinados por el grupo social²⁶. Esa suerte, dirá Cercas, de totalitarismo «soft», que tiene que ver con la «ilusión de unanimidad creada por el temor a expresar la disidencia»²⁷.

Palabras y silencios colaboran en este contexto de ausencia de libertad hacia un proceso en que el olvido pueda relegar al más débil hacia situaciones de subordinación, a través de la aceptación acrítica de la palabra ya pronunciada y la ignorancia sobre lo no dicho. Frente al poder de la palabra, la «espiral del silencio», convenientemente guardada y reforzada por la censura²⁸, sea expresa, o *soft*, sugiere un comportamiento humano de conformidad²⁹. En esta espiral, los silencios nos roban las palabras y aniquilan la discrepancia. Sería conveniente recordar con Popper que «todo saber es conjetural y necesitamos de otros para el descubrimiento y corrección de errores –los

²⁴ «Oscurantistas», dirá Derrida, que recuerdan a los sofistas para quienes necesitaríamos un Platón para combatirlos; cfr. DERRIDA, J., «Cómo no hablar. Denegaciones», cit., p. 25. El mucho hablar, decía Heidegger, «no solo no logra revelar nada, sino que justamente puede encubrirlo, hacer que resulte todo inentendible, que acabe en palabrería», HEIDEGGER, M., *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*, cit., p. 334.

²⁵ La sobresaturación de la información, es una nueva forma de censura, la creación de temas tabú o el control económico de la información o expresión por los medios de comunicación. Hoy la censura no se materializa en «la imagen de un señor de estrecha moral y amplias tijeras», GALLEGO ARCE, V., *Actividad informativa, conflictividad extrema y Derecho. Un análisis interdisciplinar de doble estructura jurídico-filosófica*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 123.

²⁶ El silencio, tanto si se impide como si se impone, la consecuencia es la disolución de su significado: «por saturación o por mordaza», LE BRETON, D., *El silencio: aproximaciones*, cit., p. 6.

²⁷ CERCAS, J., «Democracia y derecho a decidir», Diario *El País*, 15 de septiembre 2013.

²⁸ A la que ya aludía ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*, trad. F. de los Ríos Urruti, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pp. 154-156.

²⁹ Cfr. NOELLE-NEUMANN, E., *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, trad. J. Ruiz Calderón, Paidós, Barcelona, 1995, p. 203.

nuestros y los suyos—»³⁰. Ser conscientes de ello puede ayudarnos a no caer en la tentación de ser censores³¹, aunque sepamos que un «bello lenguaje puede mentir», que el «lenguaje del opresor puede tener un hermoso sonido» y que no siempre el lenguaje pueda servirnos para depurar lo verdadero de lo falso³².

Consciente de los peligros de los silencios impuestos, ya sean provenientes de imposiciones legales, políticas o económicas, Steiner en *Los libros que nunca he escrito*, afirma de la censura que el beneficio impone a los medios de comunicación es tan destructiva como la del despotismo político, para acabar citando una antigua maldición: «que mi enemigo publique un libro», a lo cual él añade «que publique siete»³³. Ahondando en tales peligros, Coetzee señala que la censura es como vivir en la intimidad con alguien que no te quiere, que insiste en imponerte su presencia, que te desaprueba y que su objetivo es que tú mismo seas capaz de prever lo que no se te va a consentir. A ese alguien, al censor, lo describe como un «parásito», un «invasor patógeno», que sueña con cómo establecer una rutina cotidiana de identificación y castigo del disidente hasta que la necesidad de guardar silencio se grabe en la ciudadanía y los individuos terminen vigilándose entre ellos y a sí mismos³⁴.

En los últimos tiempos, la posibilidad de censurar determinados discursos o expresiones particularmente odiosos ha generado un intenso debate. Situarnos en defensa de la palabra, aunque sea odiosa, u optar por el silencio, por ser odiosa la palabra, permite adentrarnos en cuestiones ya clásicas y profundas en el ámbito de la filosofía del derecho y política, como por ejemplo la tensión entre la libertad negativa y libertad positiva³⁵, la libertad y la igualdad³⁶, la distinción y tensión entre lo moralmente reprochable y lo jurídicamente punible, o la incursión del derecho, y especialmente del derecho penal, en los sentimientos³⁷.

³⁰ Cfr. POPPER, K., «El conocimiento de la ignorancia», *Polis*, núm. 1, 2001, p. 4 (<http://polis.revues.org/8267>).

³¹ Cfr. PORTOLÉS LÁZARO, J., «Censura y pragmática lingüística», *Círculo de lingüística aplicada a la comunicación*, núm. 38, 2009, p. 79.

³² RICH, A., *Sobre mentiras, secretos y silencios*, cit., pp. 14-15.

³³ STEINER, G., *Los libros que nunca he escrito*, trad. M. Córdor, Siruela, Madrid, 2008, pp. 222 y 237.

³⁴ Cfr. COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, trad. R. Martínez i Muntada, Debate, Barcelona, 2007, p. 26.

³⁵ El distinto tratamiento jurídico sobre el lenguaje del odio en relación a la libertad negativa y la libertad positiva, a propósito de la experiencia norteamericana y alemana es tratada por PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2010, pp. 90-127.

³⁶ Cfr. FISS, O. M., «El efecto silenciador de la libertad de expresión», trad. D. Mena, *Isonomía*, núm. 4, abril 1996, pp. 17-27.

³⁷ Cfr. SAAVEDRA, M., «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, p. 571.

Las tradiciones norteamericana y europea concluyen en una forma muy diversa de afrontar los límites a la libertad de expresión y la imposición de silencios sobre determinados discursos. En Estados Unidos la libertad de expresión está enmarcada en una tradición que concibe a los derechos de los ciudadanos como derechos límite frente a la intervención de un Estado neutral, en una sociedad marcadamente individualista, frente a valores comunitarios, defensora de ultranza de la libertad individual, en el que la dignidad encuentra su principal referencia en la autonomía personal. Tales elementos constituyen las piezas claves de un sistema político de democracia no militante, que confía más en el individuo que en el Estado, tanto para protegerse a uno mismo, como para mantener vivo su sistema democrático.

La libertad de expresión es así reconocida como un derecho casi absoluto por la Primera Enmienda de su Constitución, convirtiéndose en una herramienta fundamental en el sostenimiento de su sistema político y de las relaciones entre sus ciudadanos, incluso para luchar contra la discriminación que la libre expresión pudiera ocasionar. En este sentido, como punto de partida, los daños que pueda producir el abuso de las palabras no son susceptibles de combatirse con la imposición de silencios, o con castigos institucionales, sino que se confía en la propia palabra para enmendarlos. La línea que no debe sobrepasarse, y que justificaría la intervención de los poderes públicos sobre la palabra, estaría determinada por la incitación directa a una acción que genere un peligro claro, grave e inminente.

La tradición europea es distinta, marcada por el trágico acontecimiento histórico del holocausto, en el que la gestión de la palabra ha podido verse vinculada a un poder arbitrario, desestabilizador del propio sistema democrático, generador de violencia, con desprecio de la igualdad y de la dignidad del ser humano. Frente a la perversa palabra de quien detentó el poder se contraponen el silencio de las víctimas y del resto de la sociedad, sin ninguna oportunidad para salvar la democracia y sus valores. Tal experiencia aboca a que en Europa no se confíe plenamente en la libertad de expresión como paradigma de la autoprotección del individuo y del propio sistema democrático y que el modelo de Estado, como Estado social, esté legitimado para intervenir en el marco de la protección y promoción de la libertad, la igualdad y la dignidad³⁸. De hecho en nuestros ordenamientos jurídicos la liber-

³⁸ Muy significativa al respecto es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que excluye de la protección del Convenio el discurso revisionista o negacionista del holocausto, aludiendo al interés público en la prevención del desorden, la protección de la reputación y derechos de terceros y la incompatibilidad con la democracia de la revisión de «hechos claramente establecidos» (ver entre otras, los casos *Remer v. Germany*, 1995, y *Garaudy v. France*, 2003). Decisiones que implican la imposición jurídica de una verdad histórica que se declara así incuestionable y, con ello, parece aceptarse que plantear dudas sobre determinados acontecimientos o interpretaciones históricas pueda comprometer seriamente al sistema democrático, al orden o a los derechos de terceros. Cfr. SOLAR CAYÓN, J. I., «En defensa de la

tad de expresión no aparece como absoluta sino enmarcada y limitada por aquellos otros valores y derechos que se tratan de proteger y promover. Un sentido protector que se coloca en el lugar del más débil, de las víctimas, de los grupos discriminados, apelando a las posibles consecuencias que para ellos y la propia convivencia social pueden tener las odiosas palabras que hieren³⁹.

Esta concepción se traduce en la posibilidad de imposición de silencios con la finalidad de proteger otros derechos en una adecuada ponderación de los diversos derechos que se entrecrocán e interrogan, especialmente cuando están referidos a grupos vulnerables⁴⁰. La debilidad, la privación de poder, la impotencia, la predisposición al silencio del grupo o persona a quien se dirige la palabra son condicionantes importantes en la valoración de la incidencia en los derechos afectados por la libre expresión. Los motivos que avalan su limitación son diversos. Por un lado, certificar que en un sistema democrático no deben permitirse aquellas manifestaciones que puedan afectar a la dignidad de aquellos grupos a quienes se dirigen y, por tanto, la libertad de expresión no debe amparar los atentados al honor en forma de injurias, calumnias o insultos. En segundo lugar, se debe garantizar la seguridad de las personas impidiendo aquellas palabras que resulten amenazantes o intimidatorias, constituyendo un peligro real para aquellas personas a quienes las palabras se dirigen o que puedan generar un clima de confrontación social que dificulte seriamente la convivencia⁴¹. En tercer lugar, garantizar la igualdad de oportunidades de habla en el discurso público. Las limitaciones a la libertad de expresión de algunos estarían así dirigidas a favorecer la de otros, lo cual

democracia: los discursos antidemocráticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Serie V, LXXXIX, núm. 4, 2012, pp. 536-542.

³⁹ Cfr. ALCÁ CER GUIRAO, R., «Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril 2015, pp. 64-82. Se ha considerado la libertad de expresión como un derecho y una necesidad que encuentra sus límites en la falsedad, los insultos, en infundir y difundir sentimientos de odio, y en las opiniones sediciosas, pero no centradas tanto en la opinión como en sus posibles consecuencias, cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1994, pp. 217-218.

⁴⁰ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 135-145. También puede verse ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 122-131, 136-140.

⁴¹ Los límites a la libertad de expresión, en el ámbito nacional e internacional, desde la perspectiva del discurso del odio son extensamente abordados en la monografía de GASCÓN CUENCA, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

permitiría aumentar las voces que se escuchan en pos del pluralismo y la igualdad, en definitiva, de una libertad de expresión más abierta⁴².

Las distintas tradiciones norteamericana y europea dan idea de la importancia de analizar los diferentes contextos en que la palabra se emite u omite. A tal efecto, las nuevas tecnologías de la comunicación en las sociedades actuales, constituyen una extraordinaria plataforma para la libertad de expresión, un altavoz para todos los mensajes e ideas, tanto para los que se puedan considerar útiles, buenos o apropiados como para los inútiles, malos e inapropiados⁴³. Pero la difusión que pueden alcanzar estos últimos mensajes en el nuevo contexto no debe ni puede ser el único elemento a valorar para limitarlos. No necesariamente hay una correspondencia entre la difusión y la capacidad real de producir las circunstancias para limitar la libertad de expresión, es decir, generar violencia, desigualdad, humillación o atentar contra los derechos de los individuos y grupos.

La palabra pronunciada, aún odiosa, ni necesariamente ha de considerarse absolutamente perversa, ni necesariamente ha de ir seguida de acción⁴⁴, ni ha de verse abocada imperiosamente a una aceptación acrítica, cabe la posibilidad también de palabra contraria. Precisamente, conocer su existencia permite rebatirla con más palabra, no se debe desdeñar que la palabra puede ser curativa, puede tener un poder liberador, permitir dar visibilidad a experiencias en otro caso ocultas y desbloquear conciencias. Desde luego que hay palabras destructoras, serviles, vengativas, crueles, pero la abominable historia de los silencios impuestos o autoimpuestos no ha sido siempre el mejor ejemplo de luchar contra aquellas palabras⁴⁵. Menos aún cuando se dirigen contra la estética del lenguaje más que contra la ética. Contra aquellas palabras que certifican los aspectos más visibles y audibles de lo «odioso», pero no pueden hacer nada contra los pensamientos que expresan. De ahí que no siempre lo más eficaz frente a ciertos discursos sea su prohibición⁴⁶. La imposición del silencio no termina nece-

⁴² Cfr. FISS, O. M., «El efecto silenciador de la libertad de expresión», cit., pp. 22-23.

⁴³ BOBBIO ya señalaba que no hacía falta mucha imaginación para prever que el desarrollo de la técnica y la intensificación de los medios de comunicación producirían cambios en la vida humana y las relaciones sociales como para crear nuevas necesidades y demandas de libertades y poderes, cfr. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 71. Sobre cómo afectan las nuevas tecnologías a la libertad de expresión y a otros derechos, cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 87-122.

⁴⁴ Cfr. AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras* (1955), edición electrónica de www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad Arcis.

⁴⁵ Cfr. COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, cit., p. 23.

⁴⁶ En ocasiones, permitir expresar el mensaje de odio puede contribuir más a desacreditarlo que su prohibición. Así lo manifiesta Rosenfeld a propósito del caso Skokie en el que se pretendió impedir una marcha nazi por una calle habitada por

sariamente con los pensamientos que sustentan las palabras que nos hieren y tampoco dulcificar o evitar determinadas expresiones impiden los efectos perniciosos de las palabras. Dworkin pone de manifiesto que deben encontrarse medios para combatir el racismo o el sexismo menos peligrosos para la propia libertad que su represión, amparadas también en la libertad⁴⁷. En cualquier caso, no parece que se deban centrar los esfuerzos más en silenciar que en promocionar la palabra, en aumentar la presencia significativa de ciertas palabras para establecer un equilibrio en el espacio público. ¡Qué difícil ante determinadas palabras no caer en la tentación de ser censores! cuando somos concededores, como se ha dicho, de que el mercado de las ideas no sirva necesariamente para depurar lo verdadero de lo falso. Así que cuidado con la protección limitando derechos, no vayamos a presumir que sólo dar a conocer que el mal existe –que hay quienes no consideran dignas a determinadas personas, que hay inseguridad o desigualdad– es equivalente a sufrirlo o que es mejor desconocerlo, callando voces, que conocerlo y rebatirlo, con más palabra. Y cuidado también cuando detrás de aquellas limitaciones más que un grupo vulnerable hay un grupo en posición dominante intentando realizar el sueño de todo censor, que acabemos todos censurando a los demás y censurándonos a nosotros mismos hasta asumir un discurso único⁴⁸. Y es que el castigo, cuando se produce –también prohibiendo la palabra–, podrá evitar ciertas violencias, pero más tardará, si lo consigue, en transformar conciencias. La violencia puede ser ruidosa, pero también silenciosa y lo que no es efectivo es el silencio contra la violencia, como mucho un minuto de respetuoso silencio.

Es interesante ver las posiciones de dos mujeres feministas analizando, desde distintas perspectivas, cómo afrontar la pornografía como un ejemplo del lenguaje del odio: Mackinnon⁴⁹ y Butler⁵⁰.

supervivientes judíos de los campos de concentración. Cfr. ROSENFELD, M., «Hate speech in Constitutional jurisprudence: A comparative analysis», *Cardozo Law School, Working Paper*, núm. 41, 2003, p. 24.

⁴⁷ Cfr. DWORKIN, R., *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, p. 260.

⁴⁸ Cfr. COETZEE, J. M., *Contra la censura...*, cit., p. 39. El control en internet tiene mucho que ver con esto, un gran Panóptico que si bien es una inmensa plataforma a la libertad de expresión también lo es de propaganda, vigilancia y control no, precisamente, en favor de los más vulnerables, cfr. MOROZOV, E., *El desengaño de internet. Los mitos de la libertad en la red*, trad. E. G. Murillo, Destino, Barcelona, 2012, p. 196.

⁴⁹ Cfr. MACKINNON, C. A., *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.

⁵⁰ Cfr. BUTLER, J., *Lenguaje, poder e identidad*, trad. J. Sáez y B. Preciado, Síntesis, Madrid, 2004. Sobre las posiciones de ambas autoras, puede verse en AZLOVAGH DE LA ROSA, A., «De la censura a la ética de la imagen pornográfica», *Libro de Actas del I Congreso Internacional de Comunicación y Género*, Facultad de Comunicación, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 1932-1942 (<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/38710>).

Para Mackinnon la pornografía es una especie de lenguaje visual del odio que produce aquello que representa. Quien habla construye eficazmente lo que nombra. La relación entre la imagen y el daño es directa, unilateral y eficaz, decir es, en este caso, hacer. Para Butler, por el contrario, tal relación de continuidad no se da unívocamente, ni en sus significados ni en sus efectos. Butler señala que decidir qué lenguajes forman parte de lo que se puede o no se puede decir, qué lenguaje es protegido y cuál penalizado, intensificar el discurso sobre la indisolubilidad de la palabra y acción, restringir el habla, determinar qué palabra es libre y cuál censurable, juzgar o condenar el lenguaje es muchas veces reproducir ese mismo lenguaje, la ocasión para producir nuevos actos de habla que hieren. ¡Cuidado! que el lenguaje puede vengarse de quienes pretenden mutilarlo.

Reabrir heridas, nunca cerradas, reproduciendo palabras a las que se atribuyen un significado unívoco, aunque sea con el objetivo de silenciarlas. ¡Demasiado ruido!, otro de los perversos efectos de las palabras que silencian. Por otro lado, Butler pone también de manifiesto que es muy problemático poder atribuir a un sujeto único el origen y la causa de la ofensa que dirige el lenguaje del odio. La ofensa se produce no por un acto aislado de un sujeto sino por la reiteración de palabras y acciones acumuladas a lo largo de la historia. Contando con este iter histórico, la contraofensiva o la resistencia estratégica, la desviación o desmovilización son otras posibles alternativas más eficaces para romper los efectos perversos de las palabras que la prohibición.

En ambos casos, la palabra y el silencio resultan elementos centrales de sus posiciones. Para Mackinnon la pornografía subordina a las mujeres y, como consecuencia, las silencia. En tales circunstancias, silenciar la pornografía evitaría el efecto silenciador sobre las mujeres. Para Butler, por el contrario, aquel silencio no solo no es capaz de restablecer un equilibrio entre hombres y mujeres, por otro lado inexistente, sino que aumenta el poder de intervención del Estado; puede ratificar la subordinación y extenderla a otros grupos, en el caso concreto a través de la extensión del efecto silenciador a toda representación gráfica de la sexualidad afectando a otros colectivos; además de evitar la oportunidad de poder abrir un contradiscurso con capacidad de hacer fracasar aquel que pretende la subordinación. En este sentido la crítica feminista permite incorporar nuevas voces, más palabras, ver, oír, leer más allá de los condicionantes tradicionales de la pornografía, cuestionarlos e invertirlos. Porque donde hay dominación y violencia también puede haber resistencia, posibilidad de pensar lo que antes no había sido pensado, decir lo que antes no se había dicho y ofrecer nuevas posibilidades a la libertad de las mujeres y de otros colectivos⁵¹.

⁵¹ BUTLER, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. M. A. Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 282-288.

En otras palabras, la promoción de la libertad, la dignidad o la igualdad no se consiguen solo, y puede que ni siquiera se consiga nunca, silenciando a quienes la discuten, la tensionen e incluso atenten contra ella. Uno de los problemas a evitar es que solo se escuche un mensaje, que se pretenda y pueda conseguirse silenciar otros mensajes. Parafraseando a Kafka en *El silencio de las sirenas*, hay algo más terrible que su canto: su silencio, porque es quizá imaginable la posibilidad de que alguien se haya salvado de su canto, pero no de su silencio⁵². De hecho Bourdieu pone de manifiesto que algunas prácticas son poderosas y difíciles de combatir y revocar no porque han hablado, sino precisamente por no haberlo hecho, por ser «silenciosas e insidiosas, insistentes e insinuantes»⁵³.

Si el Estado social tiene como función proteger y promover las condiciones que garanticen los derechos de los ciudadanos, los poderes públicos deben asegurar que todas las voces estén presentes en el debate público, no solo para garantizar la libertad de expresión del que habla sino para formar la opinión de quien escucha. Para ello deberá garantizarse la seguridad de las personas que puedan resultar amenazadas con determinados discursos, proteger el honor y la dignidad de sus destinatarios y, desde luego, controlar los espacios en que se emitan los mensajes para proteger al oyente⁵⁴ —especialmente a los menores—, pero también y, sobre todo, dar la palabra alternativa a «los ofendidos» y en general a los «disidentes» de aquel discurso e, incluso, a los «subversivos» de las significaciones convencionales de la palabra dada.

Esto no significa que no haya que ser conscientes y valorar que, en un contexto de palabras, los silencios pueden ser muy elocuentes y que no debemos dejar de preguntarnos cuándo y por qué hablar y cuándo y por qué callar.

2.2 Derecho a la memoria y derecho al olvido

Simmel decía que todas las relaciones sociales descansan en lo que sabemos y no sabemos unos de otros, en lo que se revela, y puede saberse, y lo que se oculta, el secreto en que no debe penetrarse⁵⁵. Efectivamente establecer una relación entre personas requiere dar a conocer algunos fragmentos de nuestra vida, determinando la intensi-

⁵² Cfr. KAFKA, F., «El silencio de las sirenas», trad. A. Ruiz Guiñazú, en *id.*, *La muralla china. Cuentos, relatos y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 81-82.

⁵³ BOURDIEU, P., *¿Qué significa hablar?. Economía de los intercambios lingüísticos*, trad. E. Martínez Pérez, Akal, Madrid, 2008, p. 31.

⁵⁴ En sintonía con la consideración de los derechos fundamentales como leyes del más débil, cfr. FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, trad. M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2010, p. 51.

⁵⁵ Cfr. SIMMEL, G., *Sociología, 1. Estudios sobre las formas de socialización*, Alianza, Madrid, 1986, p. 369.

dad y los matices de aquello que se revela, o lo que no se revela, el grado y tipo de relación que nos une. Las relaciones jurídicas en consecuencia toman como referencia aquello que puede o debe comunicarse, lo que puede o debe decirse, y lo que no puede ni debe comunicarse, sobre lo que se puede o debe guardar silencio, lo que sabe uno y no sabe el otro. También señala Simmel que parte de la evolución histórica de la sociedad se manifiesta en las transformaciones de aquello que en determinados momentos puede hacerse público y en otros entra en la esfera protectora del secreto o, inversamente, que debían ser secretas y cambian su consideración para hacerse manifiestas⁵⁶.

Efectivamente, en el ámbito público, en lo que se refiere a la gestión de las palabras y los silencios, la democracia exige cada vez de una mayor transparencia, de publicidad, del desvelamiento de secretos, de la desaparición de los espacios de impunidad e inmunidad, en definitiva, del deber de hablar y de comunicar de los poderes públicos y del derecho a conocer de los ciudadanos. En este ámbito los silencios son sospechosos de engaño, de perjuicio a los intereses generales y a la democracia misma.

Sin embargo, en el ámbito privado la protección de la intimidad, el honor y la propia imagen están destinados a mantener los secretos de la persona, a garantizar el carácter privado de cuestiones personales de las que no se debe hablar y que los demás no deben saber, de aquello que ha de permanecer reservado y oculto, que no es lícito comunicar a los demás y que se manifiesta como un deber de silencio y como un derecho al silencio.

La evolución histórica a la que Simmel hacía referencia sobre lo que debe o puede decirse, haciéndose público, y lo que puede o debe silenciarse, permaneciendo en privado, tiene su reflejo en la gestión de las palabras y los silencios basada en los acuerdos sobre el recuerdo, contando con las interacciones entre la memoria individual, la memoria colectiva y la memoria digital. La apertura de espacios para decir, cuándo o dónde antes no se decía, o el cierre de espacios, en los que permanecer en silencio, permiten actualmente tratar de los nuevos derechos al recuerdo y al olvido. La formulación de estos nuevos derechos busca apoyo en otros derechos y valores fundamentales ya reconocidos, como la dignidad, el derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al honor o el derecho a la intimidad⁵⁷. Se argumenta que para el disfrute pleno de estos derechos la persona necesita, a veces, recordar y, otras veces, olvidar un pasado que se proyecta hacia el futuro, condicionando el propio desarrollo personal. La construcción del futuro necesitaría, en ocasiones, desen-

⁵⁶ *Ibidem*, p. 379.

⁵⁷ El lenguaje de los derechos es relacional y formal y permite construir instituciones y mecanismos con el objetivo de garantizar su eficacia, cfr. CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 172.

errar el pasado, en otras ocasiones enterrarlo, unas veces conocer y otras desconocer. Aunque ni el recuerdo ni el olvido pueden imponerse, sí se puede facilitar o dificultar la difusión de ciertos acontecimientos o datos para hacerlos presentes o ausentes en la formación de la memoria colectiva y desde ahí hacer más o menos posible el recuerdo o el olvido. Las leyes de memoria histórica o las normas sobre protección de datos, con sus derecho de oposición, rectificación y cancelación de datos personales, tratan precisamente de arbitrar mecanismos que faciliten o dificulten el conocimiento, según su objetivo sea recordar u olvidar.

Con la finalidad de recordar, la Ley de Memoria Histórica en España, pretende poner fin a los «silencios calculados» y «olvidos interesados»⁵⁸ derivados del pacto de silencio que se estableció en la transición y que acarreó el olvido institucional de las víctimas del régimen franquista, instituyendo un derecho individual a la memoria histórica. Se parte de memorias que se mantienen en privado, clandestinas e inaudibles, que reivindican pasar de lo no dicho a la contestación, la ocasión para invadir el espacio público con lo que antes se mantenía en privado⁵⁹. Preservar la memoria frente los silencios y la elocuencia de otros como una forma de rebelión frente a una realidad de la que se había pretendido prescindir⁶⁰. Una memoria individual que proyectada en el ámbito público pretende luchar contra la amnesia colectiva y que inaugura un derecho, por un lado, a construir, sobre la memoria individual de la propia biografía personal, la identidad, el honor y la dignidad. Un derecho también a transmitir memoria, a reconstruir la memoria colectiva que necesariamente interactúa con la individual y que se proyecta en derechos de reparación y derecho a saber⁶¹.

Pero si la recuperación de la memoria histórica trata de evitar la amnesia colectiva, como factor que puede contribuir a la identidad y

⁵⁸ MARTÍN PALLÍN J. A., y ESCUDERO ALDAY, R., «Introducción», en *id.* (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008, p. 18.

⁵⁹ Cfr. POLLAK, M., *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límites*, trad. Ch. Gebauer, R. Oliveira y M. Tello, Al Margen, La Plata, Buenos Aires, 2006, pp. 17-36.

⁶⁰ Como bien ha sido reflejado respecto de la memoria femenina, olvidada en el ámbito público, y cuya visibilidad y publicidad ha permitido reconstruir ciertos pasajes de la historia «atesorada en el interior de su espíritu», la memoria de lo que quizás no vivió, no tocó, pero si heredó, inducida a «ejercer en el pasado el oficio de mirona, y a cultivar, en medio de tantas afrentas, una rebelión que consistía simplemente en hacer aflorar cada día su memoria recalcitrante, relegada una y otra vez por la memoria elocuente y arbitraria del hombre», PIÑÓN, N., «El presumible corazón de América» (Discurso para la recepción del Premio Juan Rulfo 1995), en *id.*, *El calor de las cosas y otros cuentos*, trad. D. Medina, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2005, pp. 15-16.

⁶¹ Cfr. SAUCA CANO, J. M., «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido», en Martín Pallín, J. A y Escudero Alday, R., (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, cit., pp. 83-87.

desarrollo personal, en otras ocasiones con los mismos objetivos lo que se pretenderá es combatir la hipermemoria, es decir, el exceso de recuerdo sobre los acontecimientos pasados y que pueden suponer también una traba para una eficaz satisfacción de los derechos fundamentales. La memoria individual y la memoria colectiva aparecen en estos casos influenciadas por la intervención de la memoria digital. Una memoria que trasciende los límites de la memoria humana. La acumulación de información privada en bases de datos, la exposición pública en redes sociales y la difusión rápida y descontrolada de la vida e imagen de las personas nos hace cada vez más transparentes, vulnerables e indefensos. Las nuevas tecnologías nos convierten en sujetos transparentes en una «expropiación sin precedentes de la privacidad»⁶². La información digital tiene la capacidad de ser difundida universalmente y permanecer indefinidamente almacenada, publicada y compartida, evitando así que nos olvidemos de un pasado que puede ser permanentemente recordado y conocido en cualquier momento y en cualquier lugar. Ahora bien, mientras la técnica nos permite devorar secretos e intimidades, la ética y el derecho tienen el reto de superar la tradicional protección de la intimidad ligada al derecho de confidencialidad acompañado del deber de sigilo o secreto profesional⁶³.

Pero en este contexto, la gran cuestión para el profesional no será tanto su deber de secreto sino cómo tiene protegidas sus bases de datos, con el objetivo de que esos datos no puedan difundirse, garantizando el derecho a la intimidad y la autodeterminación informativa de las personas con sus derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación de datos personales. Más allá de esto se va perfilando un derecho al olvido digital que permita establecer silencios sobre hechos o datos del pasado que puedan afectar gravemente —como consecuencia de una memoria digital que no olvida, su posible difusión global y el recuerdo permanente—, a la dignidad, el honor, la imagen y el libre desarrollo de la personalidad⁶⁴. Como en la memoria histórica, se per-

⁶² SANCHO LÓPEZ, M., «Nuevas amenazas para la protección de datos en el contexto del Big Data», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017, p. 5.

⁶³ Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, C., *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, pp. XVII-XXI, 71-72.

⁶⁴ Un derecho al olvido recogido expresamente en el Considerando 65 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril del 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Derecho al que ya se había aproximado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación al deber de borrar información que sea irrelevante y pueda perjudicar derechos del interesado, en los motores de búsqueda, en el asunto *C-131/12, Google Spain, S. L., v. AEPD y Mario Costeja González*, STJUE de 13 de mayo de 2014 y que ha tenido su eco en nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de abril de 2016 (recurso 3269/2014, Fundamento Jurídico 13). Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., «Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y en España», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*,

fila una interactuación entre la memoria individual y colectiva, aquí se produce entre el olvido colectivo y el individual, en ambos casos la gestión de los recuerdos y el olvido serán relevantes para una mejor protección de derechos.

Gestión de recuerdos y olvidos; de palabras y silencios; relación entre memoria individual y colectiva o entre olvido colectivo e individual; derecho a saber, a no saber, a que no se sepa, en todos los casos nuevas vías de la garantía de algunos derechos básicos del ciudadano que revelan la importancia del papel del derecho como instancia administradora y mediadora del conocimiento y de la ignorancia, que no agotará su virtualidad en el derecho a la memoria histórica y en el derecho al olvido digital⁶⁵.

2.3 El derecho fundamental al silencio y sus deberes correlativos

El derecho al silencio como derecho fundamental aparece expresado en el proceso judicial como el derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Un derecho que constituye un pilar fundamental de un sistema jurídico-penal garantista, en el que el sospechoso ha de ser considerado como una parte del proceso y en el que el deber de probar recae en la parte que acusa.

Un eficaz derecho de defensa impide que a un acusado pueda exigírsele un deber jurídico de colaborar en el descubrimiento de los hechos o que la meta del proceso pueda ser conseguir un reo confeso, siendo utilizado el reo como un medio de prueba en sí mismo. Tal sistema jurídico penal, propio de otros tiempos, permitió la tortura, actualmente expresamente prohibida en nuestros sistemas constitucionales, con el objetivo precisamente de conseguir una confesión. Frente a un reo con el deber jurídico de hablar, un sistema jurídico garante de los derechos fundamentales cuenta entre ellos con el derecho del

núm. X, 2017, pp. 231-266. Puede verse también GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «Nuevas tecnologías, derecho a la intimidad y protección de datos personales», en ANSUÁTEGUI, F. J., RODRÍGUEZ, M., PECES-BARBA G., y FERNÁNDEZ, E., *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. 4 (siglo XX), Tomo 6 (*El Derecho positivo de los derechos humanos*), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 877-942.

⁶⁵ El derecho a conocer los orígenes biológicos, el carácter anónimo de las donaciones de gametos, el parto anónimo o el derecho a no saber los datos genéticos, son otras manifestaciones de esa administración del derecho del conocimiento y la ignorancia, gestionando la palabra y el silencio. Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., «Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, diciembre 2016, pp. 294-315. Ver también SOLAR CAYÓN, J. I., «Información genética y derecho a no saber», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XXX, 2014, pp. 391-412. Una «cascada de derechos» que continúa no exenta de polémica sobre cómo debería fluir, cfr. HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, trad. J. Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona, 2009, p. 219.

acusado a permanecer en silencio. Un silencio que tratándose de un derecho de defensa, tiene atribuido un sentido concreto: quien no declara no dice nada y, por tanto, no será posible extraer ninguna conclusión de ese silencio. Como derecho fundamental, de él no se podrá derivar ningún perjuicio para el acusado, no podrá extraerse para él ninguna consecuencia desfavorable o valorarse negativamente en las decisiones de los tribunales⁶⁶. Tampoco el silencio del sospechoso podrá servir como una coartada para mitigar la carga de la prueba de quien sostiene o pretende sostener una acusación. Ahora bien, el derecho al silencio del sospechoso, del que debe ser informado, está acompañado del deber de hablar de quienes pretendan sostener la acusación⁶⁷.

Siendo esta la manifestación más importante de un derecho fundamental al silencio que establece un deber de hablar a la otra parte en un procedimiento judicial, la valoración positiva del silencio⁶⁸ se abre paso como derecho fundamental en otros ámbitos jurídicos, reforzándose con deberes correlativos, no ya de hablar, sino de permanecer en silencio. Para el titular del derecho, no se trataría ya del derecho a guardar silencio sino del derecho a que determinados aspectos de la vida se puedan desarrollar en espacios de silencio. Un derecho a estar tranquilo, a no oír, a que el ruido esté controlado y a exigir de los poderes públicos que controlen el ruido perturbador de aquella tranquilidad en determinados ámbitos de la privacidad. El encaje inicial de esta vertiente del derecho al silencio se encontró en el derecho al medio ambiente y en el derecho a la salud. Sobre la base de que el ruido puede perjudicar a la salud se vio necesaria la protección frente a la contaminación acústica. Vinculados a estos derechos la Unión Europea aprobó la Directiva 2002/49/CE, de 25 de junio, sobre el Ruido Ambiental y España cuenta con una Ley específica sobre el ruido, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, proliferando normativas más específicas sobre prevención de riesgos laborales, relaciones de vecindad, características de las edificaciones, exigencias de urbanismo, regulación de horarios y condiciones de insonorización de lugares de ocio, con el objetivo de aminorar los ruidos.

⁶⁶ Pueden verse entre otras muchas Sentencias: STC 202/2000, 24 de julio; STC 155/2002, 12 de julio; STS 31 octubre 2015; TEDH *Murray v. Reino Unido*.

⁶⁷ Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 218. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no incriminarse», en Gutiérrez-Alviz Conradi, F., López López, E. (Coords.), *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 587-626.

⁶⁸ En los últimos años se han publicado varias obras que reivindican el silencio como el mejor contexto para conocerse a sí mismo y a los demás e, incluso, como una experiencia curativa. Entre otras, D'ORS, P., *Biografía del silencio. Breve ensayo sobre meditación*, Siruela, Madrid, 2016; KAGGE, E., *El silencio en la era del ruido. El placer de evadirse del mundo*, trad. C. Montes Cano, Taurus, Madrid, 2017; HARRIS, M., *Solitud. Hacia una vida con sentido en un mundo frenético*, trad. F. Borrajo, Paidós, Barcelona, 2018.

Pero estas perspectivas se han mostrado insuficientes en una sociedad que demanda más silencio, en un mundo ruidoso, al que le parece poco la ubicación del silencio entre los principios rectores de política social. La protección del silencio busca un lugar entre los derechos fundamentales, permitiendo la inauguración, e incluso la consolidación, de una innovadora línea jurisprudencial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que acoge una protección indirecta frente al ruido en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el derecho a la vida privada y familiar, la inviolabilidad del domicilio y la integridad física y moral⁶⁹. El domicilio no solo resultará protegido frente a intromisiones de índole material o corporal, sino también frente a las agresiones inmateriales e incorpóreas, como es el ruido, y no solo frente a las agresiones arbitrarias y directas de los poderes públicos, sino también frente a su inactividad al no adoptar las medidas necesarias y adecuadas para proteger a los ciudadanos frente aquellos ruidos. El domicilio protegido como derecho no es solo, por tanto, un espacio físico, sino un espacio cualificado por ser adecuado para el desenvolvimiento de una parte de la vida con la tranquilidad necesaria para poder desarrollar nuestra propia personalidad en la intimidad del hogar, sin perturbaciones que provengan del exterior que lo dificulten⁷⁰. Nuestro Tribunal Constitucional ha dado también cobertura a un derecho al silencio frente al ruido ambiental, apelando al derecho a la integridad física y moral, que más allá de su relación con la salud tiene que ver con aquellos tratos a la persona que puedan menoscabar su integridad física y moral; ha producido algún cambio significativo en el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio, acogiendo o dando entidad al derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; y ha vinculado el derecho al silencio, o a la protección frente al ruido, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, estableciendo obligaciones positivas para los poderes públicos con la finalidad de evitar o aminorar los ruidos y garantizar el silencio, frente a la configuración tradicional de estos derechos como de no intervención⁷¹.

⁶⁹ Se acoge así al intento de reconstrucción de los derechos partiendo de su interdependencia e indivisibilidad. Al respecto puede verse: ABRAMOVICH, V., y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 200-234; PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 111.

⁷⁰ STEDH *Moreno Gómez c. España*, 16 de noviembre de 2004; Martínez Martínez c. España, de 18 de octubre de 2011. Cfr. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Daños medioambientales y derecho al silencio*, Reus, Madrid, 2015, pp. 110-143.

⁷¹ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2001, 16/2004 y 150/2011 y su valoración crítica por MATÍA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio?. Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril 2012, pp. 370-372. Sobre las concordancias y discordancias en esta materia entre el TC y el TEDH, ver GARCÍA GESTOSO, N., «Contaminación acústica y derechos fundamentales. Protección y discrepancias en su tutela», *Foro, Nueva época*, Vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 109-134.

3. CALLAR ES DECIR: LOS SILENCIOS CON-SENTIDOS

Se han analizado algunos derechos desde la perspectiva de la palabra y el silencio, pero existen otras relaciones jurídicas que se forjan partiendo de lo que se dice y de lo que no se dice, lo que sabemos y no sabemos unos de otros. De esas palabras y silencios dependen, en parte, elementos tan importantes para la constitución o extinción de relaciones jurídicas, como la confianza, la seguridad o la buena fe o sus reversos, la desconfianza, la inseguridad o la mala fe.

En el ámbito del derecho privado, la mayor certeza de la palabra frente al silencio, unida a la seguridad como exigencia jurídica conlleva la prioridad de las declaraciones de voluntad expresas como fuente de creación de relaciones jurídicas. Por la misma razón, y como regla general, el silencio no es fuente de obligaciones. Pero la misma seguridad jurídica, apoyada en la confianza y la buena fe que presiden el tráfico jurídico, llevaron a Savigny a explorar las situaciones en que el silencio tenía eficacia jurídica en el Derecho Romano. De ello concluyó que el silencio equivale a una declaración de voluntad en aquellos casos en que a quien calla se le supone una obligación de contestar. Dicha obligación de dar respuesta podrá inferirse de previas relaciones negociales entre las partes, de las prácticas del lugar o cuando el silencio pudiera dar lugar a malentendidos, circunstancias que podrían ser ampliadas a la buena fe del oferente o cuando la importancia de las relaciones jurídicas lo exige. El silencio entonces equivaldría a una manifestación del consentimiento por efecto de la ley, la costumbre o los usos⁷².

La consideración jurídica del silencio como una manifestación del consentimiento a efectos de constituir una obligación jurídica se produce también en el ámbito de las relaciones entre los Estados. La figura de la aquiescencia internacional da cuenta de ello. A través de la misma se puede entender en el silencio de un Estado un reconocimiento tácito de la pretensión de otro Estado, que interpretó aquel silencio como un consentimiento. Ahora bien, como para los particulares, no cualquier silencio constituye fuente de obligación para los Estados sino un silencio que se produce en determinadas circunstancias. Para que la ausencia de pronunciamiento o actuación de un Estado sea tenido por consentimiento es preciso que su actitud silente se produzca pese a haber tenido la posibilidad de conocer las actuaciones del otro Estado, el cual estaba en situación de confiar en la negativa a sus pretensiones, el transcurso de cierto tiempo –como criterio evaluador de las posibilidades de que el Estado rompa el silencio– las ocasio-

⁷² Cfr. SAVIGNY, F. C. von, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. Ch. Guenoux, J. Mesía y M. Poley, Góngora, Madrid, 1878-1879, & CXXXI-III.

nes y medios para protestar frente a las pretensiones de otro Estado y la importancia del asunto tratado⁷³.

Pero los efectos jurídicos atribuidos al silencio no están dirigidos solo a crear relaciones jurídicas también tienen el propósito de poder dar continuidad a relaciones preexistentes. Es el caso, por ejemplo, de los efectos del silencio del fallecido acerca de la disposición de sus bienes y la consiguiente regulación de la sucesión intestada. Ante este silencio, el derecho presume cuál hubiera sido la voluntad del fallecido si hubiera testado, según un orden lógico de afectos. La finalidad de esta regulación es que con la muerte de la persona no mueran las relaciones jurídicas por ella establecidas, que sus créditos, sus débitos y sus bienes tengan continuidad en sus herederos.

Si el silencio puede dar lugar a la creación y continuidad de relaciones jurídicas, también puede producir su extinción, siendo interpretado como un desistimiento o una causa de nulidad. La prescripción extintiva, la nulidad en la compraventa como consecuencia de ocultar vicios de la cosa comprada o la nulidad matrimonial por desconocimiento de algún aspecto esencial de los contrayentes son ejemplos de efectos extintivos del silencio.

En el derecho público, la preocupación del derecho por el silencio se pone de manifiesto en la creación de una institución jurídica propia en las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos: el silencio administrativo. En este caso, el efecto jurídico del silencio es una consecuencia de la obligación legal de la administración pública de resolver expresamente dentro del plazo legal establecido y permitir, por un lado, el control jurisdiccional de todas sus actuaciones, entendiendo como tal también su inactividad, y de proteger los intereses de los ciudadanos. Ya el silencio negativo o desestimatorio de las pretensiones del ciudadano, como remedio a la falta de resolución expresa, cumplía con los objetivos de evitar espacios de inmunidad para la Administración y garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, evitando además una excesiva prolongación de las situaciones de pendencia de los asuntos administrativos. El silencio positivo, entendido como acto favorable o declarativo de derechos del administrado, da un paso más, elevando su protagonismo, incluso el «desbordamiento» de aquel radio de acción lógica, al saldar cuentas con una estigmatizada administración de cuyo cumplimiento de deberes se desconfiaba⁷⁴.

⁷³ Cfr. MARTÍNEZ PUÑAL, A., *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogénesis en el Derecho Internacional*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013, <https://antoniomartinezpunal.files.wordpress.com/2014/08/actos-unilaterales.pdf>. Ver también BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Bosch, Barcelona, 2004, y KOLB, R., *La bonne foi en Droit international Publique. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, París, 2000, pp. 345-347.

⁷⁴ El administrado tiene derecho a una resolución, conforme a derecho y a los intereses generales, en el plazo legalmente previsto, no un derecho irrefutable a una

En todos estos supuesto se produce una reacción del derecho atribuyendo efectos jurídicos al silencio de quien tenía un deber de hablar, de hacer una declaración de voluntad, consintiendo o rechazando una oferta, oponerse a una acción, repartir sus bienes, describir correctamente sus bienes, informar sobre cuestiones personales o responder a una petición. El derecho suple la ausencia de habla de quien debiendo decir optó por no decir, dando comienzo, continuidad o extinguiendo una relación, concediendo o negando una petición.

4. EL SILENCIO DEL LEGISLADOR: DEL NO DERECHO AL NUEVO DERECHO

Se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior que el derecho atribuye un sentido al silencio que proviene de un particular, de una Administración Pública e, incluso, del propio Estado. El derecho también tendrá respuesta cuando quien silencia es el propio legislador.

El derecho es lenguaje que puede estar tanto en la palabra como en el silencio. Ahora bien, el silencio introduce mayores dosis de incertidumbre a un derecho que aspira y cuenta entre sus exigencias la seguridad jurídica. Por eso el jurista procura y se esfuerza por encontrar el derecho en las palabras. La palabra es protagonista en las fases que preceden al proceso creativo de la norma jurídica en los debates parlamentarios; lo continúa siendo con su publicación en boletines oficiales; también en su interpretación, atendiendo en primer lugar al «sentido propio de sus palabras», y, finalmente en su fase de aplicación, en la necesidad de justificación o motivación a través de la palabra. No es extraño, por tanto, que el silencio legal se haya denominado como *horror vacui*. Un miedo a la incertidumbre, a la pérdida de seguridad jurídica, que se expresa como horror, cuando lo que se teme es la pérdida de poder que implica el uso de la palabra en la creación de normas jurídicas. El poder que se reserva la capacidad de crear normas deja por omisión, por silencio, un espacio que puede aprovecharse por otros para producir nuevo derecho.

Un legislador silente no instituye un silencio en el derecho. Las lagunas del derecho ni necesariamente suponen un espacio jurídico vacío, ni tampoco implican siempre la exclusión de un ámbito de regulación sobre el que el legislador no se ha pronunciado. De hecho una laguna no le permite al juez que calle y no resuelva el asunto planteado, antes bien el juez tiene el deber inexcusable de pronunciarse de

resolución estimatoria. Cfr. PAREJO ALFONSO, L., «El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación», en *id.* (Dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 11-31. Cfr. GÓMEZ PUENTE, M., «El silencio y la inactividad de la Administración», en Quintana López, R., (Coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 19-127.

los asuntos de que conozca, sin que la ausencia o insuficiencia de la ley pueda arroparle para guardar silencio. Al intérprete, por tanto, le corresponderá dar sentido al silencio del legislador, pudiéndole llevar a restringir o a expandir la aplicación de las normas jurídicas e, incluso, a la creación de nuevas normas a través de la analogía.

La plenitud del derecho nos garantiza que el silencio debe ser suplido y el derecho colmado, integrado, porque el derecho no puede faltar. Así que la omisión, el silencio del legislador, lejos de paralizar el derecho, le dará un nuevo impulso, en forma de proliferación de palabras del aplicador del derecho que, a base de expandir el derecho existente, podrá articular nuevo derecho. El juez neutral que pronuncia las palabras de la ley se mostrará como un ideal y no una realidad ante los silencios del legislador. Así que, pese a la existencia de un derecho con sobreabundancia de normas jurídicas, un derecho lleno de palabras, de ruido, el jurista se verá necesitado a transitar por el incómodo camino que le marca el silencio; colocando en un lugar privilegiado al intérprete, que deberá sobreponerse a aquel silencio y dotarlo de sonido, darle un sentido, llenar un vacío, abrirse a un nuevo derecho, porque el derecho no muere en el silencio, todo lo contrario, es una prueba de su vitalidad. Es una pausa, un paréntesis, que se abre en un abanico de posibilidades, de interpretación prestando atención a los matices, a las conexiones de sentido, a la identidad de razón.

Aquel horror al vacío se convierte, ante la imposibilidad de que la ley sea capaz de aprehender la compleja y variada realidad social, en una oportunidad de producir nuevo derecho, en la posibilidad de crear o dar respuesta a nuevas situaciones, de encontrar nuevas palabras reguladoras, de transformar y construir futuro. Los silencios permiten que lo no dicho tenga siempre algo nuevo que decir.

La evolución de los derechos humanos es un ejemplo de buen derecho que ha ido avanzando a través de silencios, tanto en relación a los sujetos como a los contenidos. Se han ido generalizando, universalizando, partiendo de sujetos silenciados, excluidos. Entre silencios, nuevos contenidos han ido encontrando acomodo en derechos ni expresados, ni pensados para tales situaciones. Los derechos se abren así camino, se van construyendo, entre palabras y silencios que operan como pausas, «lugares de indeterminación», «puntos de apoyo» y también «espacios de articulación»⁷⁵.

5. CONCLUSIONES

Como todo vehículo de comunicación y de expresión el derecho es lenguaje. Un lenguaje construido sobre palabras y silencios, en cone-

⁷⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Los derechos humanos y el poder del lenguaje», *Derechos y Libertades*, núm 7, 1999, p. 353.

xión con la realidad social compleja y cambiante a la que sirve. Contar con una gran producción normativa expresada en palabras no impide que podemos también encontrar derecho en lo no dicho. Hay, derecho que se construye desde la carga inicial del silencio, todo un repertorio de silencios que junto a las palabras permiten explorar, entender, interpretar y crear derecho.

Palabras y silencios forman parte de los contenidos y los límites de diversos derechos. La palabra y el silencio elegido configuran la libertad de expresión, pero cuando el silencio es impuesto y la censura acecha se pone en peligro aquella libertad. Palabras y silencios son gestionados para proponer acuerdos sobre los recuerdos y así dar contenido a derechos como el derecho a la memoria, a la protección de datos o el derecho al olvido. En el proceso penal, vinculado a la presunción de inocencia, se configura un derecho fundamental al silencio, como derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Y más allá del proceso penal, el derecho al silencio se va abriendo paso, no ya como un derecho a no hablar sino como un derecho a salvaguardarse del ruido. Un derecho que encontró inicialmente su acomodo en el derecho al medio ambiente y el derecho a la salud, pero que para mejorar su protección ha ido buscando su lugar entre otros derechos fundamentales como el derecho a la vida privada, a la integridad física y moral, a la inviolabilidad de domicilio o al libre desarrollo de la personalidad.

Además el silencio despliega sus efectos en otros ámbitos jurídicos distintos al de los derechos fundamentales. El silencio podrá ser interpretado en determinadas circunstancias como una declaración de voluntad y permitir dar comienzo, continuar o extinguir relaciones jurídicas. Finalmente, con motivo del silencio el jurista podrá producir nuevo derecho.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ALCÁZER GUIRAO, R., «Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE. UU. y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril 2015.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ANSÚATEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1994.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras* (1955), edición electrónica de www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad Arcis.
- AVENDAÑO AYESTARÁN, M., *Habla el silencio*, Trabajo Fin de Máster Filosofía práctica y teórica, Especialidad: Lógica, historia y filosofía de la ciencia, tutor: J. Claramonte Arufat, Convocatoria junio 2017, UNED.

- AZAOVAGH DE LA ROSA, A., «De la censura a la ética de la imagen pornográfica», *Libro de Actas del I Congreso Internacional de Comunicación y Género*, Facultad de Comunicación, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 1932-1942 (<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/38710>)
- BLOCK DE BEHAR, L., *Una retórica del silencio. Funciones del lector y procedimientos de la lectura literaria*, Siglo XXI, México D. F., 1984.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Bosch, Barcelona, 2004.
- BOURDIEU, P., *¿Qué significa hablar?. Economía de los intercambios lingüísticos*, trad. E. Martínez Pérez, Akal, Madrid, 2008.
- BURKE, P., *Hablar y callar. Funciones sociales del lenguaje a través de la historia*, trad. A. L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 1996.
- BUTLER, J., *Lenguaje, poder e identidad*, trad. J. Sáez y B. Preciado, Síntesis, Madrid, 2004.
- *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. M. A. Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007.
- CANETTI, E., *El Testigo Escuchón. Cincuenta caracteres*, trad. J. J. del Solar, Anaya, Madrid, 1993.
- *Masa y poder*, *Obra completa 1*, trad. J. J. del Solar, Debolsillo, Barcelona, 2010.
- CERCAS, J., «Democracia y derecho a decidir», *Diario el País*, 15 de septiembre 2013.
- COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, trad. R. Martínez i Muntada, Debate, Barcelona, 2007.
- CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.
- DERRIDA, J., «Cómo no hablar. Denegaciones», en *id.*, *Cómo no hablar y otros escritos*, trad. P. Peñalver, Proyectos A Ediciones, Barcelona, 1997.
- D'ORS, P., *Biografía del silencio. Breve ensayo sobre meditación*, Siruela, Madrid, 2016.
- DWORKIN, R., *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996.
- FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, trad. M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2010.
- FISS, O. M., «El efecto silenciador de la libertad de expresión», trad. D. Mena, *Isonomía*, núm. 4, abril 1996.
- GALLEGO ARCE, V., *Actividad informativa, conflictividad extrema y Derecho. Un análisis interdisciplinar de doble estructura jurídico-filosófica*, Dykinson, Madrid, 2013.
- GARCÍA GESTOSO, N., «Contaminación acústica y derechos fundamentales. Protección y discrepancias en su tutela», *Foro, Nueva época*, Vol. 15, núm. 1, 2012
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «Nuevas tecnologías, derecho a la intimidad y protección de datos personales», en ANSUÁTEGUI, F. J., RODRÍGUEZ, J. M., PECES-BARBA G. y FERNÁNDEZ, E., *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. 4 (siglo xx), Tomo 6 (*El Derecho positivo de los derechos humanos*), Dykinson, Madrid, 2013.
- GASCÓN CUENCA, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

- GÓMEZ PUENTE, M., «El silencio y la inactividad de la administración», en Quintana López, R., (Coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- HALL, E. T., *El lenguaje silencioso*, trad. C. Córdoba, Alianza, Madrid, 1989.
- HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, trad. J. Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona, 2009.
- HARRIS, M., *Solitud. Hacia una vida con sentido en un mundo frenético*, trad. F. Borrajo, Paidós, Barcelona, 2018.
- HEIDEGGER, M., *De camino al habla*, trad. Y. Zimmermann, Ediciones del Serbal-Guitard, Barcelona, 1999.
- *Ser y tiempo*, trad. M. Garrido, J. L. Molinuevo y F. Duque, Tecnos, Madrid, 1999.
- *Desde la experiencia del Pensar*, edición bilingüe de F. Duque, Abada, Madrid, 2005.
- *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*, trad. J. Aspiunza, Alianza, Madrid, 2006.
- KAFKA, F., «El silencio de las sirenas», trad. A. Ruiz Guiñazú, en ID., *La muralla china. Cuentos, relatos y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1987.
- KAGGE, E., *El silencio en la era del ruido. El placer de evadirse del mundo*, trad. C. Montes Cano, Taurus, Madrid, 2017.
- KIERKEGAARD, S., *De la tragedia*, trad. J. López Zavalía, Quadrata, Buenos Aires, 2004.
- KOLB, R., *La bonne foi en Droit international Publique. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, París, 2000.
- LABRAÑA, M., *Ensayos sobre el silencio. Gestos, mapas y colores*, Siruela, Madrid, 2017.
- LE BRETON, D., *El silencio: aproximaciones*, trad. A. Temes, Sequitur, Madrid, 2006.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no inculparse», en Gutiérrez-Alviz Conradi, F., López López, E. (Coords.), *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- LORDE, A., *La hermana, la extranjera: artículos y conferencias*, trad. M. Corniero, Horas y Horas, Madrid, 2003.
- MACKINNON, C. A., *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.
- MARTÍN PALLÍN J. A. Y ESCUDERO ALDAY, R., «Introducción», en ID. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Los derechos humanos y el poder del lenguaje», *Derechos y Libertades*, Núm 7, 1999.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., «Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y en España», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, Núm. X, 2017.
- MARTÍNEZ PUÑAL, A., *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogénesis en el Derecho Internacional*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013 <https://antoniomartinezpunal.files.wordpress.com/2014/08/actos-unilaterales.pdf>.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Daños medioambientales y derecho al silencio*, Reus, Madrid, 2015.

- MATÍA PORTILLA, F. J., «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril 2012.
- MOROZOV, E., *El desengaño de internet. Los mitos de la libertad en la red*, trad. E. G. Murillo, Destino, Barcelona, 2012.
- NOELLE-NEUMANN, E., *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, trad. J. Ruiz Calderón, Paidós, Barcelona, 1995.
- PEREJO ALFONSO, L., «El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación», en *id.* (Dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2010.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- PIÑÓN, N., «El presumible corazón de América» (Discurso para la recepción del Premio Juan Rulfo 1995), en *id.*, *El calor de las cosas y otros cuentos*, trad. D. Medina, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2005.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- POLLAK, M., *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límites*, trad. Ch. Gebauer, R. Oliveira y M. Tello, Al Margen, La Plata, Buenos Aires, 2006.
- POPPER, K., «El conocimiento de la ignorancia», *Polis*, núm. 1, 2001, p. 4 (<http://polis.revues.org/8267>).
- PORTOLÉS LÁZARO, J., «Censura y pragmática lingüística», *Círculo de lingüística aplicada a la comunicación*, núm. 38, 2009.
- RELLA, F., *El silencio y las palabras. El pensamiento en tiempos de crisis*, trad. A. Fuentes Marcel, Paidós, Barcelona, 1992.
- RENAU, M. D., *La voz pública de las mujeres. Contra la «naturalidad» de la violencia, feminizar la política*, Icaria, Barcelona, 2009.
- RICH, A., *Sobre mentiras, secretos y silencios*, trad. M. Dalton, Icaria, Barcelona, 1983.
- ROSENFELD, M., «Hate speech in Constitutional jurisprudence: A comparative analysis», *Cardozo Law School, Working Paper*, núm. 41, 2003.
- ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*, trad. F. de los Ríos Urruti, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
- SAAVEDRA, M., «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006.
- SAMPEDRO, J. L., con la colaboración de LUCAS, O., *Escribir es vivir*, Debolsillo, Barcelona, 2013.
- SÁNCHEZ CARAZO, C., *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., «Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, diciembre 2016.
- SANCHO LÓPEZ, M., «Nuevas amenazas para la protección de datos en el contexto del Big Data», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017.

- SARTRE, J. P., *¿Qué es la literatura?*, trad. A. Bernárdez, Losada, Buenos Aires, 1967.
- SAUCA CANO, J. M., «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido», en Martín Pallín, J. A., y Escudero Alday, R. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*.
- SAVIGNY, F. C. von, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. Ch. Guenoux, J. Mesía y M. Poley, Góngora, Madrid, 1878-1879, & CXXXI-III.
- SIMMEL, G., *Sociología, I. Estudios sobre las formas de socialización*, Alianza, Madrid, 1986.
- SOLAR CAYÓN, J. I., «En defensa de la democracia: los discursos antidemocráticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Serie V, LXXXIX, núm. 4, 2012.
- «Información genética y derecho a no saber», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XXX, 2014.
- STEINER, G., *Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano*, trad. M. Ultorio, Gedisa, Barcelona, 1990.
- *Los libros que nunca he escrito*, trad. M. Córdor, Siruela, Madrid, 2008.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- VIRASORO, V., *De ironías y silencios. Notas para una filosofía impresionista*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. J. Muñoz e I. Reguera, Alianza, Madrid, 2003.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

La concepción kelseniana de los juicios de valor¹

Hans Kelsen's Conception of Value Judgments

Por JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS
Universidad de Salamanca

RESUMEN

*En este trabajo pretendo realizar una exploración de la concepción kelseniana de los juicios de valor. Partiendo de un examen de su posición de escepticismo ético, que consiste en una metaética relativista desde la que él niega que se puedan fundamentar racionalmente juicios de valor morales, me ocuparé de las siguientes cuestiones: (1) un análisis crítico de la tipología de los juicios de valor que Kelsen nos ofrece en la *Reine Rechtslehre*, distinguiendo entre juicios de valor y juicios de realidad, y, dentro de estos, unas categorías «especiales»; (2) el problema de la valoración de las normas jurídicas a partir de normas de justicia; (3) los cambios que experimentó su concepción en la etapa final de su pensamiento, presidida por la *Allgemeine Theorie der Normen*; y (4) finalmente, examinaré la forma como, a su modo de ver, los juicios de valor morales y políticos pueden influir en el desarrollo de la actividad científico-jurídica, y cuál es la actitud que deben mantener los científicos del derecho hacia ellos.*

Palabras clave: *Kelsen, metaética, relativismo, juicios de valor, juicios de realidad, valores de la ley, valores de la justicia, ciencia del derecho.*

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R (Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER.

ABSTRACT

*In this article I expect to perform an exploration of kelsenian conception of value judgments. Starting from an examination of his position of ethical scepticism, which involves a metaethical relativism from which he denies the possibility to found moral value judgments in a rational way, I will deal with the following issues: (1) a critical analysis of the typology of value judgments that Kelsen offers in his *Reine Rechtslehre*, and that lead him to differentiate between value judgments and judgments about reality, and, among these, to stablish some «special» categories; (2) the problem of valuation of legal norms based on norms of justice; (3) the changes that his conception underwent in the final stage of his thought, which is represented by the *Allgemeine Theorie der Normen*; and (4) finally, I will examine in which way, according to him, moral and political value judgments can influence the development of the activity of science of law, and which is the attitude that scientists of law should maintain toward them.*

Key words: *Kelsen, metaethics, relativism, value judgments, judgments about reality, values of law, values of justice, science of law.*

SUMARIO: 1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS JUICIOS DE VALOR MORALES: UNA CUESTIÓN EPISTEMOLÓGICA.—2. LA CONCEPCIÓN DE KELSEN SOBRE LOS JUICIOS DE VALOR. 2.1 *Juicios de valor y juicios de realidad en la Teoría pura del derecho.* 2.2 *La valoración de las normas jurídicas.* 2.3 *Los juicios de valor en la Allgemeine Theorie der Normen.*—3. LOS JUICIOS DE VALOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO.—4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

SUMMARY: 1. THE FOUNDATION OF MORAL VALUE JUDGMENTS: AN EPISTEMOLOGICAL ISSUE.—2. KELSEN'S CONCEPTION OF VALUE JUDGMENTS. 2.1 *Value judgments and judgments about reality in the Pure Theory of Law.* 2.2 *The valuation of legal norms.* 2.3 *Value Judgments in the Allgemeine Theorie der Normen.*—3. VALUE JUDGMENTS IN SCIENCE OF LAW.—4. BIBLIOGRAPHY.

1. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS JUICIOS DE VALOR MORALES: UNA CUESTIÓN EPISTEMOLÓGICA

La cuestión de si se pueden fundamentar racionalmente juicios de valor morales es seguramente el problema más importante al que se enfrentan las distintas concepciones filosófico-morales. Históricamente esa cuestión ha recibido respuestas diferentes, tanto positivas como negativas: quienes rechazan que los juicios de valor morales se

puedan fundamentar racionalmente mantienen una posición de *escepticismo ético*, mientras que quienes admiten que es posible la justificación racional de ciertos contenidos morales y de justicia se revelan como *cognitivistas éticos*. Estos todavía tendrán que responder una cuestión no menos importante: cuáles son los valores y principios morales susceptibles de obtener una fundamentación racional. Entre quienes representan la primera posición ha de mencionarse a Hans Kelsen, cuya concepción sobre los juicios de valor –y de los juicios de valor morales– examinaré en este trabajo.

Como es sabido, Kelsen es considerado el filósofo del derecho más importante del siglo xx. A lo largo de su trayectoria identificó y trató de dar solución a un conjunto de problemas que, en parte gracias a la profundidad con la que acometió su examen y a la extraordinaria ambición de su proyecto teórico, se siguen percibiendo como problemas típicos de teoría del derecho. Quizá por esta razón su doctrina jurídica, cuya exposición más lograda se condensa en la segunda edición alemana de la *Reine Rechtslehre*², sigue siendo objeto de estudio y discusión para los expertos en teoría del derecho.

Ahora bien, aunque la teoría del derecho fue el principal foco de interés de Kelsen, pensar que su actividad se centró exclusivamente en ese campo sería un error inducido por una visión simplificadora. Agustín Squella (1981, 65) ha desmentido que a Kelsen solo le interesaran los aspectos puramente normativos del derecho y que, por así decirlo, descuidara y apenas prestara atención a los aspectos valorativos³. Ciertamente, ocuparse de esos aspectos conduce a abandonar el ámbito de la teoría del derecho y, en definitiva, del examen del derecho real y efectivo –el derecho que *es*– y a situarse en el ámbito de la valoración moral del derecho, es decir, del derecho que *debe ser*, del derecho moral o justo. Supone, pues, ocuparse de cuestiones que se adentran en el terreno de la filosofía moral.

En contraste con la teoría del derecho de Kelsen, su filosofía moral es una pieza de su pensamiento menos conocida, pero no por ello carente de interés. Para emprender un examen de la particular visión de Kelsen sobre los juicios de valor morales, es necesario situarse en su contexto.

Quizá el aspecto más remarcable de la filosofía moral de Kelsen es que asume una posición de *no cognitivismo* o *escepticismo ético*, que le lleva a rechazar que se pueda conocer algo parecido a una «justicia absoluta», y que los juicios de valor morales sean susceptibles de

² Wien, Franz Deuticke, 1960.

³ Squella subraya que «ni la teoría pura ni su creador se encuentran recogidos en una consideración exclusivamente normativa del Derecho, y que, por lo mismo, dentro del cuadro de ideas de esta doctrina y de su autor, cabe perfectamente un desarrollo adicional de lo que hemos llamado el elemento valorativo del fenómeno jurídico» (1981, 65).

obtener una fundamentación racional, de forma que sean aceptables para todos.

Kelsen es consciente de que las normas de derecho positivo son objeto permanente de valoración moral. Desde su escepticismo ético no niega ese extremo; pero sí rechaza que los juicios sobre el valor moral del derecho se puedan justificar *intersubjetivamente*. Esto es consecuencia de que su escepticismo se concreta en una posición *relativista* en el plano axiológico, que le conduce a rechazar que se puedan conocer valores (jurídicos, éticos o estéticos) absolutos, y a aceptar que únicamente los valores relativos pueden ser objeto de conocimiento racional.

A pesar de que Kelsen se mantuvo firme en su posición escéptica, la cuestión de la valoración moral del derecho fue su principal preocupación como filósofo moral. Es sin duda en el tratamiento de este problema donde el fundador de la teoría pura del derecho se encuentra ante un verdadero reto, pues es justamente aquí donde aparecen claramente enfrentados los dos planos del *ser* (*Sein*) y el *deber ser* (*Sollen*), que en su pensamiento se oponen de manera irreconciliable. Para fundamentar esa oposición⁴, que Kelsen tiene muy presente desde sus inicios –pues hace mención a ella en su primera gran obra, los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*⁵ (1911)–, se apoya en dos de los representantes de la Escuela neokantiana de Baden: Windelband y Simmel, para quienes las categorías del *Sein* y el *Sollen* eran lógicamente irreductibles. Haciéndose eco de estos autores, Kelsen tiende un abismo lógico entre el *ser* y el *deber ser*, y sostiene que a partir de enunciados sobre hechos (del *Sein*) no se pueden derivar enunciados normativos o valorativos (del *Sollen*), pues ello significaría incurrir en un sofisma lógico (*Trugschluß*) que había sido desvelado por Hume y que desde Moore se conoce como «falacia naturalista». Así pues, del hecho de que algo *es* no se puede deducir que sea *debido* y que, por tanto, *debe* tener lugar o *debe ser* valorado positivamente.

Kelsen se sirvió de ese error lógico como un instrumento de crítica contra la teoría del derecho natural, a la que acusó de haber pasado sistemáticamente del *Sein* al *Sollen* al tratar de obtener, a partir de hechos naturales (que configuran la naturaleza humana, de las cosas, etc.), normas o principios de derecho natural⁶, a los que los represen-

⁴ Para Errázuriz Mackenna (1986, 395) esa oposición es un «principio axiomático» de la teoría pura del derecho.

⁵ En el prólogo de la segunda edición Kelsen explica que «Los *Hauptprobleme* toman como punto de partida la *oposición fundamental entre ser (Sein) y deber ser (Sollen)*, descubierta por Kant en su esfuerzo por fundamentar la autonomía de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de Windelband y Simmel, vemos en el *deber ser* la expresión de la autonomía del derecho que ha de ser determinado por la ciencia jurídica, a diferencia de un ser social susceptible de ser concebido sociológicamente» (Kelsen: 1923, VI).

⁶ Véase Kelsen: 1957b, 137; 1957e, 20; 1963a, 4; 1968a, 247.

tantes de esa teoría asignan un valor de justicia absoluto. Esos principios absolutamente justos son el fundamento, no solo para la valoración moral de las normas de derecho positivo, sino también de su validez, pues para los iusnaturalistas ambas cuestiones no se pueden separar. El problema es que para mantener esa unión –o mejor, esa confusión– entre la cuestión de la validez y la cuestión del valor moral de las normas, es preciso situarse en un plano de cognitivismo ético, algo que Kelsen no puede admitir. Él diferencia ambas cuestiones y piensa que deben afrontarse por separado, pues a su juicio esa confusión es resultado de introducir el valor moral de las normas como criterio de la validez jurídica. Desde su escepticismo ético, defiende que la valoración moral de las normas de derecho positivo como justas o injustas es enteramente independiente de su validez.

La cuestión de la valoración moral del derecho deriva en la cuestión del contenido de la justicia. Kelsen se pregunta si ese contenido se puede dilucidar racionalmente, y su respuesta no deja resquicio para la duda: la justicia absoluta es un ideal irracional, cuyo contenido no es accesible al conocimiento humano⁷. Al pronunciarse en estos términos, pretende reflejar que la determinación del contenido de la justicia –como problema que compete a la filosofía moral– es una cuestión de índole epistemológica, que a su modo de ver solo se puede responder negativamente. Basándose en una concepción científico-gnoseológica que rechaza que existan las «cosas en sí» –como objetos de conocimiento que sobrepasan los límites de la percepción sensorial, en sentido kantiano–, sostiene que, aun en caso de que exista una justicia absoluta y valores morales absolutos, estos no se pueden conocer. El alcance limitado de las capacidades cognitivas humanas hace que la única justicia y los únicos valores asequibles al entendimiento humano sean relativos.

Kelsen es consciente de que una justificación en términos meramente relativos de la justicia y los valores supone una desventaja que, sin embargo, él, como relativista, sí está dispuesto a asumir: las concepciones sobre la justicia y los valores son cambiantes y pueden ser muy diferentes de unos contextos históricos y sociales a otros, como lo son también para quienes conviven en una misma sociedad. Aunque Kelsen admite que una filosofía moral relativista no puede proporcionar las mismas certezas sobre la justicia y los valores que su contrapartida absolutista, esa es la única opción para quienes, como él, desconfían de la capacidad del intelecto humano para conocer valores absolutos.

Así pues, el relativismo ético de Kelsen se explica por consideraciones de carácter gnoseológico. En ese contexto, también califica su posición como «relativista», pues a su modo de ver el relativismo ético se corresponde, en teoría del conocimiento, con una posición de

⁷ Kelsen: 1934, 14; 1947, 397; 1960, 401; 1963b, 61.

relativismo epistemológico. Una asociación muy similar se produce también entre las contrapartidas «absolutistas», pues el absolutismo ético se suele coligar con un absolutismo epistemológico. Esta circunstancia revelaría que hay una conexión esencial entre la filosofía moral y la teoría del conocimiento⁸, que se ha manifestado en un doble antagonismo: *por un lado*, entre el absolutismo y el relativismo éticos, y, *por otro*, entre el absolutismo y el relativismo filosóficos (o epistemológicos). Finalmente, aunque aquí me limitaré a mencionarlo, a los dos señalados se añade un tercer antagonismo, que se ciñe al ámbito de las ideas políticas⁹, induciendo una actitud favorable, bien a formas de gobierno autocráticas (absolutismo político), bien a la democracia (relativismo político).

La correspondencia que más interesa en este contexto es la que se establece entre un punto de vista filosófico-moral y una concepción epistemológica. Aunque Kelsen la examinó en diferentes trabajos, fue quizá en «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics» (1948) donde lo hizo de forma más ambiciosa. En ese escrito Kelsen trató de investigar los fundamentos filosóficos del absolutismo y el relativismo, y de ponerlos en conexión con una orientación política y una concepción filosófico-moral que, como ahora explicaré, consiste fundamentalmente en un punto de vista metaético.

Al enfocar la cuestión desde la teoría del conocimiento, el absolutismo filosófico se presenta como un conjunto de doctrinas cuyo nexo común es la adopción de un punto de vista metafísico según el cual existen las «cosas en sí», como realidades absolutas e independientes del conocimiento humano, que trascienden los límites de la experiencia (Kelsen: 1957a, 198-199). Pasando al plano moral, en su vertiente ética, el absolutismo se caracteriza por la idea de que el valor es inmanente a la realidad, y de que los juicios de valor morales tienen la misma objetividad que los enunciados que describen hechos. Nada de extraño tiene, pues, que desde esa óptica los valores morales se presenten como absolutos.

En contraste, el relativismo, en teoría del conocimiento, implica una epistemología empirista, según la cual el ámbito de la realidad que puede ser objeto de conocimiento está férreamente determinado por los límites de la experiencia (Kelsen: 1957a, 198), de forma que cualquier supuesta «realidad» que pretenda situarse más allá de esas lindes es incognoscible. En consecuencia, lo absoluto –la «cosa en sí»– no puede admitirse como objeto posible de conocimiento.

Al hacer traslación de este planteamiento gnoseológico al plano moral, resulta que la justicia absoluta y los valores morales absolutos, como objetos que están más allá de la experiencia, son incognoscibles. Para Kelsen la justicia absoluta es un ideal irracional, y esto significa tanto como negar que sea accesible al conocimiento. La única

⁸ Kelsen: 1957a, 198; 1968c, 1924.

⁹ Kelsen: 1957a, 198; 1968c, 1938; 2006, 224.

justicia y los únicos valores que son inteligibles para los seres humanos son relativos, pues son la expresión de lo que cada individuo, desde su propia concepción moral, entiende que es justo o valioso.

Si únicamente se pueden admitir valores morales relativos, entonces para Kelsen los juicios de valor morales no pueden pretender una validez absoluta. En otras palabras, esos juicios no pueden ser candidatos a obtener una justificación racional, *intersubjetiva*, ni pueden ser válidos y aceptables para todos. Por esa razón el escepticismo kelseniano se revela como una posición que es ante todo *metaética*, pues responde negativamente a la pregunta de si se pueden fundamentar racionalmente juicios de valor morales. De esta manera, el teórico del derecho Kelsen, como filósofo moral, nunca llega a plantearse la segunda cuestión que mencioné al comienzo: cuáles son los principios y valores que son susceptibles de obtener una fundamentación racional y cuál es su contenido.

Formularse esa segunda pregunta significaría descender del nivel de la metaética –también llamada *ética analítica*– al nivel de la *ética normativa*, en la que Kelsen no cree como empresa racional. Por esa razón se mantiene en el plano metaético, adoptando una actitud escéptica que es coherente con la sensibilidad y los planteamientos científicos y gnoseológicos propios de la época y el contexto intelectual en el que se desarrolló su doctrina. Como consecuencia, él no llegó a plantearse otras cuestiones sobre la justicia y los valores más allá de si se puede conocer su contenido¹⁰.

Dicho esto, en el ámbito metaético hay multitud de posiciones defendibles¹¹, tanto *cognitivistas* como *no cognitivistas*. Trazar una

¹⁰ Bjarup (1986, 296) opina que el relativismo de Kelsen es «ético normativo» y se fundamenta sobre consideraciones metaéticas de carácter epistemológico.

¹¹ Moreso (2003, 3 y ss.) trata de presentar los distintos puntos de vista metaéticos combinando las posibles respuestas que admiten tres preguntas clave: (1) la cuestión «semántica»: ¿Pueden verificarse los juicios morales? ¿Son susceptibles de verdad o falsedad?; (2) la cuestión «ontológica»: ¿Hay predicados morales que se refieren a propiedades morales de las cosas? ¿Se pueden verificar juicios morales a partir de genuinos hechos morales?; (3) la cuestión de la «objetividad»: ¿Son posibles los acuerdos racionales en materia moral? ¿Hay cuestiones morales susceptibles de obtener una respuesta unívoca para todos los individuos y en todos los contextos? Combinando las respuestas afirmativas y negativas a estas preguntas, se revelan ocho posiciones que *a priori* son lógicamente posibles. Pero dado que la cuestión semántica y la cuestión ontológica mantienen una estrecha relación de interdependencia, las respuestas que reciben no pueden ser divergentes, pues ello daría lugar a posiciones imposibles o muy minoritarias. En realidad hay cuatro posiciones típicas, que están representadas por otras tantas corrientes: (i) cuando se responde a las tres preguntas afirmativamente, estamos ante el *realismo moral*; (ii) cuando se responde afirmativamente a la cuestión semántica y a la ontológica, y negativamente a la cuestión de la objetividad, estamos ante el *naturalismo* o *subjetivismo*; (iii) cuando las dos primeras cuestiones reciben una respuesta negativa y la tercera una afirmativa, estamos ante la posición típicamente *prescriptivista*; y (iv) finalmente, hay espacio también para el *emotivismo* de Ayer y Stevenson, que responde negativamente a las tres preguntas. Esas cuatro posiciones son muy generales y admiten diversas variantes. La metaética de Kelsen consiste en un relativismo ético desde el que se responden negativamente a

especie de mapa que permita situarlas es algo que excede los límites de este estudio, pero a pesar de ello opino que puede ser útil tratar de identificar cuál es el lugar que ocupa el relativismo kelseniano en ese contexto. Para satisfacer ese objetivo, una fuente de conocimiento muy recomendable pueden ser algunos trabajos de Nino. Este autor señala que dentro de la metaética hay dos grupos de teorías principales: las teorías *descriptivistas* y las teorías *no descriptivistas* (Nino: 1997, 355). Para las primeras los juicios de valor morales son enunciados descriptivos, que cumplen una función cognitiva y pueden ser verdaderos o falsos. Cabe situar aquí el *intuicionismo* de Moore, aunque para este autor los juicios de valor morales no pueden verificarse en términos empíricos, pues describen hechos que no son «naturales». Esto es consecuencia de que el significado de conceptos como «bueno» o «malo» no se puede explicar mediante palabras no éticas. Por eso su sentido solo se puede captar a través de una genuina intuición intelectual¹².

Para Nino el relativismo de Kelsen estaría más cerca del segundo grupo de teorías: las *no descriptivistas*. Estas rechazan que los juicios de valor morales describan hechos, lo que supone que esos juicios no son discutibles desde el punto de vista de la verdad, ni cumplen una función cognitiva (Nino: 1997, 363). Su función no es informar, sino tratar de influir en la conducta individual. Esto genera dudas sobre si es posible justificar esos juicios, y por esa razón el no descriptivismo ético se suele asociar a una visión escéptica respecto del papel que juega la racionalidad en materia ética.

En las teorías *no descriptivistas* existen dos corrientes típicas: el *emotivismo* y el *prescriptivismo*. El primero, representado por Stevenson pero que tiene un antecedente en Ayer, subraya la insuficiencia del método empírico en su aplicación al ámbito de la moral. Rechaza que los juicios morales sean verificables empíricamente, y por tanto no tiene sentido debatir si se pueden esgrimir mejores razones a favor de ciertos juicios¹³. En cambio, los juicios morales tienen un sentido emotivo (a pesar de que se les atribuye cierto significado descriptivo), mediante el cual pretenden influir en las actitudes ajenas, generando motivos para actuar de una manera determinada.

La segunda gran corriente no descriptivista es el *prescriptivismo universal* de Hare. Para este autor los juicios morales son prescripciones *universalizables* (aunque también atribuye a los términos morales cierto sentido descriptivo), de forma que quien expresa un juicio de valor moral prescribe una forma de conducta que será exigible en

las tres preguntas; pero a su vez habría que introducir criterios adicionales que permitieran caracterizar su posición de forma más precisa, y diferenciarla, por ejemplo, del emotivismo de Ayer.

¹² Nino (1997, 361) denuncia la paradoja que supone rechazar la apelación a la experiencia mientras se confía en una intuición.

¹³ Por esa razón Nino (1997, 365) reprocha al emotivismo destruir la moralidad.

todas las situaciones que compartan los mismos rasgos, y al mismo tiempo se compromete a que su conducta sea consecuente con ese juicio. Pero hay un segundo punto de desencuentro con el emotivismo: el prescriptivismo admite como legítima la pretensión de reclamar mejores razones que apoyen los juicios de valor morales. Como consecuencia, se admite que algunos juicios estarán respaldados por mejores razones que otros¹⁴.

Frente a las teorías descriptivistas y no descriptivistas, otras posiciones filosófico-morales admiten que hay hechos empíricos que son relevantes para resolver cuestiones valorativas, y a su vez que algunos juicios pueden contar con mejor respaldo que otros (Nino: 1997, 372). El espectro de teorías morales es prácticamente inabarcable, y puesto que una descripción más detallada no ayuda a esclarecer el lugar que ocupa la metaética de Kelsen en este complejo esquema, es preferible no profundizar en ello.

Aunque el relativismo kelseniano orbita en torno a posiciones no descriptivistas, no coincide ni con el emotivismo ni con el prescriptivismo. Pero a tenor de lo expuesto hasta ahora, parece que está más próximo al segundo, pues, como luego explicaré, para Kelsen los valores son constituidos por normas, aunque no se identifican con ellas¹⁵. En ese sentido, los juicios de valor morales conectan una conducta y una norma moral que prescribe una acción o una omisión, de modo que si la conducta se ajusta a la norma, se valorará positivamente, mientras que si es contraria a la norma, el juicio será negativo.

Aunque parece que la metaética relativista de Kelsen está más próxima a las tesis prescriptivistas, ello no le impide atribuir a los juicios de valor morales cierto carácter emotivo, pues con su emisión se tratan de suscitar actitudes en el oyente, que pueden ser, dependiendo de la situación, de aprobación o desaprobación. Probablemente este rasgo es una consecuencia de la proximidad contextual de Kelsen a los miembros del Círculo de Viena.

Finalmente, igual que sucedía en Hare, para Kelsen el carácter fundamentalmente prescriptivo de los juicios de valor morales es compatible con que tengan también cierto carácter descriptivo, pues se refieren a conductas y actos humanos que tienen lugar en el plano del *Sein*. Aunque para Kelsen, como he explicado antes, una cesura radical separa los planos del *Sein* y el *Sollen*, ello no impide que esos juicios hagan referencia a hechos de la realidad¹⁶. A pesar de ello, esta sepa-

¹⁴ Para Nino (1997, 370), el único avance de Hare frente al emotivismo es que admite que los juicios morales son universalizables.

¹⁵ Según Pettit (1986, 317), para Kelsen los juicios de valor morales involucran normas que poseen una fuerza prescriptiva incondicional. Aunque esto es cierto, hay que matizar que son las normas las que constituyen los valores. Son ellas las que tienen sentido prescriptivo, y no los valores como tales. Véase Kelsen: 1960, 16 y ss. y 358; 1963b, 60.

¹⁶ Esto mismo se puede atribuir, en la teoría del derecho de Kelsen, a las proposiciones (*Rechtssätze*) que describen el contenido de las normas jurídicas positivas

ración categorial, lejos de flexibilizarse, en la etapa final de Kelsen, presidida por la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), acabaría intensificándose¹⁷.

Así pues, a modo de recapitulación, el relativismo de Kelsen se puede caracterizar, a grandes rasgos, como sigue: (i) es una posición escéptica a la que Kelsen llega como resultado de un planteamiento epistemológico que le hace rechazar la inteligibilidad de las «cosas en sí» y de los valores morales absolutos; (ii) es una posición metaética que (iii) se aproxima más al prescriptivismo que al emotivismo, pues sostiene que los juicios de valor morales conectan una conducta y una norma moral, de modo que la valoración que recibe esa conducta será favorable o desfavorable dependiendo de si se ajusta o no a la norma; (iv) a pesar de ello, los juicios de valor morales tienen cierto carácter emotivo, pues tratan de despertar sentimientos y actitudes en el oyente; y (v) por último, que esos juicios tengan un sentido prescriptivo no es obstáculo para admitir que también cumplen cierta función descriptiva, en la medida en que informan sobre la realidad.

2. LA CONCEPCIÓN DE KELSEN SOBRE LOS JUICIOS DE VALOR

La concepción de Kelsen sobre los juicios de valor es un aspecto particularmente interesante de su filosofía moral, pues, como ahora mostraré, en su tratamiento nuestro autor desplegó grandes dotes analíticas.

La visión de Kelsen sobre este asunto apenas experimentó cambios significativos. Un primer trabajo importante fue «Value Judgments in the Science of Law» (1942). En él diferencia los dos tipos de juicios más interesantes para la actividad de la ciencia del derecho: los juicios sobre la legalidad o la licitud de una conducta, que se confronta con una norma jurídica (Kelsen: 1957d, 222), y los juicios morales sobre la justicia, que se apoyan sobre normas o principios que reclaman una validez absoluta. Para distinguirlos, Kelsen habla de los «valores de la ley» y los «valores de la justicia».

(*Rechtsnormen*). Igual que las *Rechtsnormen*, las *Rechtssätze* son enunciados sobre el *deber ser*; pero a diferencia de aquellas tienen también un sentido descriptivo, al informar acerca del *ser* de un *deber ser* (Kelsen: 1945, 45; 1957d, 210; 1960, 73). Con esto se quiere expresar que el mismo *deber ser* está presente en las normas y en los enunciados que describen esas normas, aunque cumple una función distinta en cada caso. Mientras que las *Rechtsnormen* prescriben y dirigen la conducta, las *Rechtssätze* realizan una función cognitiva, y tienen una aplicación científica de la que carecen, en cambio, los juicios de valor sobre cómo *debe ser* el derecho, dado que tienen una carga emotiva.

¹⁷ Más adelante retomaré esta cuestión.

En la edición francesa de la *Reine Rechtslehre* (1953) ese esquema no se modifica, salvo porque Kelsen sostiene que los juicios de valor sobre la legalidad de una conducta son verdaderos juicios de hecho (Kelsen: 1963b, 56-57), que conectan una conducta real con una norma de derecho positivo. Sin embargo, en la segunda edición alemana (1960), Kelsen se refiere nuevamente a esos juicios como juicios de valor, y no como juicios de hecho, quizá porque entiende que la ciencia del derecho es una ciencia que versa sobre normas, y no sobre hechos¹⁸. En 1960 distingue también, por primera vez, los juicios de valor (*Werturteile*) que expresan una relación entre una conducta y una norma jurídica y los juicios de realidad (*Wirklichkeitsurteile*), de los que señala algunos subtipos.

Finalmente, en la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) Kelsen nos dejó la única revisión que experimentó su concepción. En esa obra introdujo una interesante doctrina (Kelsen: 1979, 46 y ss.) que significó una nueva forma de presentar la oposición entre el *ser* y el *deber ser*, entre la realidad factual y la normatividad. Se trata de la doctrina del sustrato modalmente indiferente.

2.1 Juicios de valor y juicios de realidad en la *Teoría pura del derecho*

En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen parte de la distinción entre juicios de valor y juicios de realidad. Estos últimos son enunciados que se caracterizan porque describen un acontecer real (Kelsen: 1960, 17), que puede hacer referencia tanto a la realidad natural como a la realidad social. Además, explica que todo juicio, tanto si es de realidad como de valor, establece una relación entre dos elementos, lo que permite clasificarlos dependiendo de cuáles son los componentes que se relacionan. Más allá de esto los enunciados no tienen características comunes.

Para Kelsen no todos los juicios de valor tienen la misma importancia. Él sitúa en primer término los juicios que confrontan un hecho de la realidad (del *Sein*) –por lo general una conducta– y una norma *válida* que prescribe un *deber ser* (un *Sollen*). Estos son los juicios que más interesan a la ciencia del derecho, y por eso es natural que les conceda más protagonismo. Estos juicios presuponen normas que establecen una conducta como debida, y, al hacerlo, están constituyendo un valor que opera como pauta de juicio. De ese modo, cuando una conducta se corresponde con una norma, se valora positivamente como «buena»; y en caso contrario se valora negativamente como «mala» (Kelsen: 1960, 17 y 358). Los juicios de valor morales y los juicios sobre la legalidad de una conducta son subespecies de este tipo de juicios de valor.

¹⁸ Así opina Hilgendorf: 2001, 132.

Kelsen subraya que solo la realidad puede estar sujeta a valoraciones. Pero admite a su vez que junto a la realidad fáctica hay una realidad específicamente normativa, que como objeto de conocimiento se mantiene separada de la realidad fáctica por una cesura insalvable. Esto hace que se pregunte si, además de los actos y conductas humanos, no habría que someter también a las normas, que forman el ámbito de la realidad del *Sollen*, a una valoración basada igualmente en normas, pero en este caso normas de justicia. La respuesta a esa cuestión se remite al apéndice «Das Problem der Gerechtigkeit», donde Kelsen rechaza que tenga una respuesta racional (Kelsen: 1960, 358 y ss.). Más adelante explicaré detalladamente cómo trató Kelsen esta cuestión.

Junto a los juicios de valor que se fundamentan en normas que constituyen valores, Kelsen se refiere también a juicios de realidad (*Wirklichkeitsurteile*) que califica como «especiales», pues no se apoyan en normas. Dentro de esta categoría hay dos subtipos: (i) los juicios de valor que relacionan un objeto o una conducta con el deseo o voluntad de una o varias personas (Kelsen: 1960, 20); y (ii) los juicios de valor sobre la adecuación de un objeto o una conducta como medio para realizar un fin. En el primer caso, el juicio expresa una aprobación o desaprobación emotiva del objeto en cuestión; en el segundo, en cambio, no hay rastro de emotividad, pues la adecuación de un medio a un fin puede verificarse empíricamente (Kelsen: 1960, 24). Esto no quiere decir que esos juicios sean siempre objetivos, sino que a veces son subjetivos. En cambio, los juicios que expresan aprobación o desaprobación sobre un objeto o una conducta son siempre subjetivos.

Este sería el cuadro de juicios que le interesan a Kelsen. Su concepción se asemeja a la de Carnap y otros miembros del Círculo de Viena, con quienes comparte la idea de que la realidad es el único objeto posible de valoración. Kelsen añade la nota distintiva, de impronta neokantiana, de que esa realidad se divide en los dos planos comunicados del *Sein* y el *Sollen*, propiciando que tanto los hechos como las normas sean objeto de valoración en sus respectivos ámbitos de existencia.

Profundizando en la subespecie de juicios de valor que relacionan una conducta y una norma válida –a los que Kelsen dedica especial atención– se pueden diferenciar a su vez dos tipos de juicios atendiendo al sentido que tiene esa validez:

(i) Cuando los juicios de valor conectan la realidad (*v. gr.* una conducta) con una norma jurídica positiva, tanto si ha sido establecida mediante un acto legislativo como si emana de la costumbre, el valor constituido por esa norma es arbitrario, pues se pueden crear otras normas que constituyan valores opuestos. Esto ratifica que esos valores son relativos (Kelsen: 1960, 18), pues se admite que dos normas

opuestas pueden ser válidas al mismo tiempo, siempre que pertenezcan a sistemas normativos diferentes¹⁹.

(ii) En cambio, cuando un juicio de valor se fundamenta sobre una norma a la que se atribuye un valor absoluto –Kelsen se refiere a una norma de justicia²⁰– se excluye la posibilidad de fundamentar juicios de valor opuestos.

La confusión entre ambos tipos de juicios es algo frecuente en los juicios de valor morales y políticos. Para comprender cabalmente cómo entiende Kelsen esos juicios, es preciso explicar que una señal de identidad de su pensamiento es su voluntarismo. Para Kelsen toda norma es expresión de un acto de voluntad, lo que significa que las normas no se pueden originar en ninguna otra facultad humana (v. gr. la razón). Por eso Kelsen rechaza sin tregua la idea de una *ratio practica*. De esta manera, toda norma constitutiva de un valor –tanto da si es un valor moral o jurídico– es una norma creada –o «puesta»– mediante un acto de voluntad. Volviendo a los juicios de valor morales, Kelsen entiende que se basan en normas que el sujeto juzgante asume en cada caso y que son «puestas» arbitrariamente por él como fundamento de sus valoraciones. Su carácter arbitrario hace que los valores constituidos por ellas solo puedan valer relativamente y desde la óptica de quien juzga. El problema es que, a menudo, desde posiciones propias de una filosofía moral absolutista, se pretende asignar a los juicios de valor morales una validez absoluta, atribuyendo a la norma en la que se fundamentan un origen trascendente y remitiéndola a la voluntad de Dios o a una razón supraempírica. Con esta maniobra se pretende hacer pasar por objetivos juicios que en realidad son subjetivos. Para Kelsen ese subterfugio formaría parte del *modus operandi* de la doctrina iusnaturalista²¹.

Así pues, en el fondo, los juicios de valor morales expresan emociones, intereses y deseos personales, que se pretenden disfrazar con el ropaje de lo absoluto²². El emisor asigna, consciente o inconscientemente, un valor absoluto a las normas sobre las que se fundamentan

¹⁹ Esta es una situación de *conflicto de deberes*, en la que dos normas se oponen mutuamente sin que ello suponga una incompatibilidad, pues pertenecen a dos sistemas normativos diferentes. La oposición se puede dar entre dos normas pertenecientes a dos sistemas jurídicos distintos o a dos sistemas normativos de naturaleza diversa, como un sistema jurídico y un sistema moral o religioso. Véase Squella: 1981, 68.

²⁰ Kelsen distingue las normas de justicia de los conceptos abstractos. Un concepto define cuáles son las cualidades de un objeto. Si un objeto cualquiera reúne esas cualidades, entonces cae bajo el concepto. A diferencia de las normas de justicia –que son prescripciones generales aplicables a un número *a priori* indeterminado de casos– los conceptos no constituyen valores. Definir esos conceptos es una función del conocimiento, mientras que la creación de normas es competencia de la voluntad. Ambas funciones no se deben confundir, y no se puede tratar de obtener normas a partir de conceptos. El incumplimiento de esa prohibición explicaría los reproches de Kelsen a la «jurisprudencia de conceptos» (*Begriffsjurisprudenz*) (Kelsen: 1960, 17-18 [al pie] y 362-363).

²¹ Véase Kelsen: 1960, 442.

²² Véase Kelsen: 1957a, 199; 1960, 18; y, en especial, 1947, 392-393; 1957d, 228.

esos juicios (Kelsen: 1957d, 228). Con ello se intenta atribuir a los juicios de valor morales y políticos la misma objetividad que tienen los enunciados descriptivos de las ciencias empíricas, y al mismo tiempo postular una justicia que es independiente de la voluntad humana²³.

Para Kelsen, en cambio, esos juicios no pueden integrarse en el desarrollo de una genuina actividad científica²⁴. Con ello demuestra su proximidad a planteamientos que, décadas antes, habían defendido los miembros del Círculo de Viena, que, con Carnap al frente, sostenían que los pronunciamientos morales eran simples expresiones emotivas sin valor cognitivo, y los desdeñaban refiriéndose a ellos como «sinsentidos».

El contraste entre lo que a menudo se pretende hacer creer que son esos juicios –pronunciamientos susceptibles de objetividad, que informan de la correspondencia entre una conducta y una norma moral que se presupone absolutamente válida– y lo que son en realidad –expresiones emotivas encubiertas del emisor– se conecta con la oposición entre los dos planteamientos filosófico-morales y epistemológicos a los que antes me he referido. Desde una posición de *absolutismo ético*, se pretenden proporcionar soluciones metafísicas a los problemas morales, apelando a una esfera trascendente. De esa forma se atribuye a los juicios de valor morales un valor absoluto, presentándolos como juicios objetivos. En cambio, desde una posición *relativista* se trata de investigar qué se oculta tras esos juicios, desenmascarándolos y mostrando lo que son en realidad: expresiones emotivas carentes de valor cognitivo. Por el contrario, los juicios que expresan si existe o no una correspondencia entre una conducta y una norma jurídica cumplen una función cognitiva y se pueden incorporar al desarrollo de una actividad científico-jurídica.

En «Value Judgments in the Science of Law» Kelsen presta especial atención a los juicios de valor que relacionan una conducta y una norma *jurídica*. Esos juicios atañen a lo legal e ilegal, lo lícito y lo ilícito (Kelsen: 1957d, 209 y 222). Kelsen se refiere a los «valores de la ley» frente a los «valores de la justicia» (Kelsen: 1957d, 209), que son el fundamento de los juicios de valor morales. Esta obra se ocupa de dos cuestiones que se presentan de forma combinada: *por un lado*, la cuestión de la validez normativa, que es omnipresente en la teoría kelseniana del derecho; y, *por otro lado*, la cuestión relativa a las condiciones de objetividad de los juicios de valor jurídicos. Esa objetividad depende de dos cosas: (i) la pertenencia a un sistema de juicios constituidos por normas jurídicas válidas; y (ii) la verificación de ciertos hechos que condicionan la validez de las normas.

(i) Los juicios de valor sobre la licitud o ilicitud de una conducta son *objetivos*, en primer lugar, si expresan la relación que existe entre

²³ Kelsen: 1947, 393; 1957a, 199.

²⁴ Kelsen: 1957b, 229; 1960, 22.

una conducta y una norma creada por una autoridad jurídica o por vía consuetudinaria. Esos juicios configuran un sistema (Kelsen: 1957d, 222) que reproduce la construcción escalonada del sistema jurídico. Así pues, en primera instancia, el juicio de que una conducta es legal o ilegal significa que se ajusta o no a una norma jurídica positiva, *v. gr.* una sentencia. La cuestión es ¿cómo se puede determinar si la sentencia sobre la que se pretende fundamentar la objetividad de un juicio es también legal? La respuesta de Kelsen es que sobre la sentencia se puede emitir un juicio de valor similar, apoyado en la ley o la costumbre, que autorizan al juez a dictarla. Del mismo modo, el juicio de que la ley o la costumbre son legales significa que se ajustan a la constitución, que autoriza a crear derecho al órgano legislativo o a la costumbre. Por último, hay que preguntarse sobre la legalidad de la propia constitución, que es la norma positiva primera y superior. Como es sabido, para Kelsen la legalidad de la constitución hay que presuponerla (Kelsen: 1957d, 223), o de lo contrario no sería posible: (1) fundamentar la legalidad de la función legislativa desarrollada por el órgano parlamentario; (2) discriminar entre las decisiones legales e ilegales de los tribunales; y (3) disponer de una base para juzgar las conductas individuales como legales o ilegales. En suma, el fundamento de la objetividad de cualquier juicio de valor sobre la legalidad o ilegalidad de una conducta o una norma es el juicio de valor de que la constitución es legal. Y en la teoría del derecho de Kelsen la objetividad de ese juicio solo se certifica si se presupone la norma fundamental (*Grundnorm*). En «Value Judgments in the Science of Law» Kelsen asigna a esa norma, junto a la tarea bien conocida de fundamentar en última instancia la validez de las normas del sistema, la de proporcionar a los juicios de valor jurídicos una base última de justificación.

Ahora bien, puesto que la objetividad de los juicios de valor sobre la legalidad de una conducta o una norma se fundamenta en una norma jurídica que a su vez presupone la norma fundamental, para Kelsen no hay más remedio que admitir que esa objetividad es limitada, pues se condiciona a la presuposición de esa norma. Además, presuponer la norma fundamental solo es necesario si se quiere someter a los juicios de valor jurídicos, que encuentran en ella su fundamento último, a una prueba objetiva. Pero abstenerse de interpretar la conducta humana en el esquema que proporcionan las normas jurídicas es igualmente posible (Kelsen: 1957d, 226). El sistema jurídico solo brinda un esquema de interpretación posible, pero no necesario.

(ii) Para Kelsen, la objetividad de los juicios de valor jurídicos también está sujeta a la constatación de ciertos hechos complejos, y en particular de la eficacia general del sistema jurídico, sin la cual no cabría presuponer la norma fundamental (Kelsen: 1957d, 227). Con ello Kelsen termina redirigiendo la discusión a su principal preocupación en teoría del derecho: el fundamento de la validez de las normas. En ese sentido, se puede decir que «Value Judgments in the Science of

Law» es un escrito desorientador, pues en él se entremezclan de forma no siempre clara una teoría sobre la validez de las normas jurídicas y una teoría sobre la fundamentación de los juicios de valor. A pesar de lo que sugiere el título del trabajo, la teoría sobre la fundamentación de los juicios de valor es relegada a un segundo plano. Lamentablemente, el desarrollo de esa teoría no se retomó en obras posteriores. En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen se centra de nuevo en el problema de la validez de las normas jurídicas, admitiendo que la eficacia general del sistema jurídico es una condición de esa validez (Kelsen: 1960, 10), pero no su razón última (*conditio per quam*). Los juicios sobre la legalidad o ilegalidad de una conducta ni siquiera se mencionan. Por esta razón, «Value Judgments in the Science of Law» ha de considerarse un esbozo inacabado.

Sin embargo, en esa segunda edición de la *Reine Rechtslehre* se incorporan otros juicios de valor, con lo cual, al final Kelsen engruesa su tipología. Junto a los juicios de valor que se fundamentan en normas objetivamente válidas, presenta los juicios de valor «especiales» sobre la realidad. En esa categoría, se refiere en primer lugar a los juicios de valor que relacionan una conducta con el deseo o voluntad de una o varias personas (Kelsen: 1960, 20). Estos juicios no conectan un hecho y una norma, sino dos hechos de la realidad. A diferencia de los juicios de valor que relacionan hechos con normas, aquí el valor no es constituido por una norma, pues el elemento normativo es excluido de esa relación. Por «valor» en este caso se entiende un estado emocional que se expresa como un sentimiento de aprobación o de desaprobación hacia la conducta u objeto en cuestión. Por eso Kelsen califica esos valores y esos juicios de valor como «subjetivos».

Los valores subjetivos se caracterizan porque el deseo o voluntad que se focaliza hacia un objeto puede tener distintos grados de intensidad. En cambio, cuando están en juego valores objetivos, que son constituidos por normas objetivamente válidas, el valor no admite grados, porque la conducta que se asocia a la norma solo puede ser conforme o disconforme con ella, pero no puede corresponderle en más o en menos (Kelsen: 1960, 21), es decir, gradualmente. En este caso el valor solo puede tener aplicación binaria.

Ahora bien, para Kelsen un rasgo común tanto de los juicios objetivos como de los juicios subjetivos es que ambos pueden cumplir una función cognitiva. Los predicados «objetivo» y «subjetivo» se refieren al valor, pero no al juicio. Por esta razón, aunque un «juicio objetivo» expresa un valor objetivo, y un «juicio subjetivo» un valor subjetivo, ambos pueden ser «objetivos» en el sentido de que pueden transmitir información sobre algún aspecto de la realidad. Los juicios de valor subjetivos (o mejor dicho, los juicios sobre valores subjetivos) tendrán carácter objetivo si la relación que expresan entre un objeto y un deseo o voluntad de una persona no tiene en cuenta si el emisor desea o no el objeto (Kelsen: 1960, 22). En caso contrario, si el emisor expresara un

sentimiento de deseo o de rechazo hacia el objeto, el juicio no tendría valor cognitivo, y en ese sentido no sería diferente de los juicios de valor morales o políticos. Sobre estos no puede haber duda: incluso si se pretende que el valor es objetivo y se piensa que ha sido constituido por una norma de justicia «puesta» por una autoridad trascendente, el juicio es siempre subjetivo, y no tiene valor cognitivo.

Kelsen se ocupa todavía de un segundo tipo de juicios de valor «especiales» sobre la realidad: los que establecen una relación entre un objeto –en realidad está pensando en una acción humana, que opera como un *medio*– y la realización de un *fin*. Una vez se ha establecido un fin, una acción puede recibir una valoración positiva o negativa por su adecuación o no a él. Kelsen explica que los fines pueden ser de dos tipos dependiendo de quién los ha establecido: (i) si se trata de fines trascendentes, que se piensa que han sido establecidos por una autoridad sobrenatural, tienen carácter objetivo; (ii) en cambio, si son fines que los individuos se imponen a sí mismos, tienen carácter subjetivo²⁵. Pero además, no solo el fin, sino también el valor –pues ambos están estrechamente ligados–, puede ser objetivo o subjetivo, en función de quién ha impuesto el fin. Ahora bien, para Kelsen los fines objetivos solo pueden ser admisibles desde planteamientos metafísicos, pues presuponen instancias trascendentes que imponen fines a los seres humanos. Para un relativista epistemológico (y agnóstico) como él solo se puede constatar la existencia de los fines que los seres humanos se imponen a sí mismos, es decir, los fines subjetivos. Cuestión diferente es determinar si en ese caso los juicios de valor son subjetivos o no. Él sostiene que esos juicios, al describir una relación que es verificable empíricamente, son objetivos y tienen un valor cognitivo, a condición de que no involucren los deseos personales del emisor. En caso contrario, si el fin fuera deseado por el emisor, el juicio carecería de objetividad y no tendría valor cognitivo (Kelsen: 1960, 24).

La forma como Kelsen entiende los juicios sobre la adecuación de un medio para alcanzar un fin –que son juicios de racionalidad técnica susceptibles de verificación– es sorprendente a la par que discutible, pues él termina subordinando la objetividad de esos juicios a que el emisor sea neutral y no sienta deseos hacia el fin propuesto. Parece que Kelsen no ha tenido en cuenta que muchos fines que perseguimos en nuestra vida diaria están inducidos por deseos personales. Desear esos fines no afecta en modo alguno a la objetividad del juicio *técnico* que establece que un medio es adecuado para alcanzar un fin. En contra de la opinión de Kelsen, ese juicio, que puede verificarse, sería *objetivo* y cumpliría una función cognitiva independientemente de nuestra actitud hacia el fin.

Más allá de esta falta de finura de Kelsen al ocuparse de los juicios técnicos sobre la adecuación de un medio para alcanzar un fin, su con-

²⁵ Kelsen: 1960, 23. Véase también 1957c, 352.

cepción sobre los juicios de valor ha recibido algunas críticas. En particular, Eric Hilgendorf ha sido especialmente severo en su apreciación de este segmento escasamente conocido del pensamiento kelseniano. Él se centra básicamente en dos aspectos. *Por un lado*, denuncia que la visión de Kelsen es muy limitada, pues en relación con los juicios de valor hay algunas cuestiones sobre las que él evita pronunciarse, y que dejan abiertos algunos interrogantes. Esto puede ser cierto, pero como ahora explicaré no autoriza a interpretar las omisiones de Kelsen en el sentido que Hilgendorf considere más oportuno. Según este autor, Kelsen se equivoca al afirmar que la realidad es el único objeto posible de valoración, puesto que, si eso fuera cierto, los juicios comparativos –del tipo «A es mejor que B»– y los juicios estéticos no tendrían cabida en su rígido esquema (Hilgendorf: 2001, 131). La primera afirmación ya es discutible, pues habría que preguntarse si se puede valorar algo que no pertenece a la realidad, incluso *comparativamente*. Esos juicios comparan objetos *reales*. En segundo lugar, no hay razón para pensar que Kelsen cuestionara que los juicios estéticos valoran objetos reales. Es verdad que esos juicios están muy alejados del ámbito de sus intereses, pero Hilgendorf saca una conclusión precipitada al descartar que puedan tener espacio en su concepción. Que Kelsen no mencione esos juicios no se debería interpretar como un rechazo del enjuiciamiento en ese campo. Lo que ocurre es que los juicios que más le interesan a él son los que proporcionan información a los científicos del derecho y a los operadores jurídicos.

Por otro lado, Hilgendorf niega la afirmación, que atribuye a Kelsen, de que todo juicio depende necesariamente de una norma, que a su vez constituye un valor. Al hacer ese reproche no tiene en cuenta que Kelsen se ocupa también de los juicios de realidad que adjetiva como «especiales», y cuya formulación no involucra normas. Esto da pie a pensar que la comprensión de este autor sobre la teoría kelseniana de los juicios de valor es fragmentaria.

Volviendo a los juicios de valor morales, de lo explicado hasta ahora se desprende que la forma como Kelsen presenta esos juicios está influida por la atmósfera intelectual vienesa de los años veinte y treinta. Kelsen coincide con el Círculo de Viena al señalar el carácter emotivo de esos juicios. Pero, a su vez, estos tienen también una dimensión prescriptiva, pues en la base de cada valoración hay una norma «puesta» por el emisor y dependiente de su arbitrio. Para asignar a esas normas un valor absoluto, no han faltado grandiosas elaboraciones doctrinales que, como la teoría del derecho natural, han creado la ficción de que han sido puestas por instancias trascendentes.

En general, los juicios de valor morales, independientemente de la apariencia que se pretenda darles, confrontan conductas humanas con normas que han sido puestas por el emisor arbitrariamente. Pero, como ahora explicaré, para Kelsen también las normas jurídicas pueden ser objeto de valoración moral a través de «normas de justicia».

2.2 La valoración de las normas jurídicas

La cuestión de si las normas jurídicas pueden estar sujetas a valoración a partir de otras normas (de justicia) se plantea en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* y es remitida al apéndice «Das Problem der Gerechtigkeit». Kelsen explica que la justicia es una cualidad que en el lenguaje usual no se atribuye solo a comportamientos humanos, sino también a normas (Kelsen: 1960, 358). Se dice que una norma de derecho positivo es justa si se corresponde con una norma de justicia cuya validez se presupone; en caso contrario esa norma es injusta. Él sostiene que desde posiciones iusnaturalistas se tiende a confundir la cuestión de la justificación de las normas con la cuestión de su validez, de modo que la concordancia con preceptos de derecho natural –que no son otra cosa que normas de justicia– se contempla como condición de la validez de las normas jurídicas. Como consecuencia, cuando una norma de derecho positivo contradice un precepto de derecho natural –es decir, si tiene un valor negativo con respecto a él– la norma injusta pierde su validez y se considera inexistente. Por esa razón –concluye Kelsen–, la teoría iusnaturalista solo atribuye validez al derecho natural, y no al derecho positivo como tal (Kelsen: 1960, 359).

En contraste, desde su visión positivista del derecho Kelsen afirma que la validez de las normas de derecho positivo es independiente de su correspondencia con cualquier norma de justicia. Además, para él lo único que permiten valorar las normas de justicia es que ciertos hechos –los actos de creación de normas jurídicas– se ajustan o no a las exigencias materiales que ellas imponen; pero no permiten, en cambio, la confrontación directa de las normas de derecho positivo con ellas, pues según Kelsen la existencia de dos normas simultáneamente válidas que regulan una misma conducta daría lugar, bien a una redundancia –si la regulación es coincidente–, bien a una incompatibilidad lógica –si regulan esa conducta de forma contradictoria. En consecuencia, lo que prescriben las normas de justicia son actos mediante los cuales se establecen (*setzen*) normas que han de tener un contenido determinado (Kelsen: 1960, 360).

Al prescribir las normas de justicia la creación de normas de derecho positivo con un contenido determinado, el acto que establece una norma jurídica puede ser conforme o disconforme con la norma de justicia. Será conforme a la norma si tiene el contenido que ella prescribe, en cuyo caso se entiende que es justo y adquiere un valor de justicia positivo. En caso contrario, el acto tendrá un valor de justicia negativo y será injusto. Lo que se valora no es, pues, la norma en sí, sino únicamente el acto que la crea.

Para complicar más las cosas, en relación con las normas de derecho positivo hay que diferenciar dos valores: (i) el *valor de justicia* del acto creador de esas normas, y (ii) el *valor jurídico* que es constituido por ellas. Como positivista, Kelsen sostiene que esas normas tienen

valor jurídico positivo incluso cuando han sido creadas por un acto cuyo valor de justicia es negativo (Kelsen: 1960, 360). Desde una posición iusnaturalista se diría que la norma es injusta, lo cual es un error, porque la propiedad de la justicia solo es atribuible al acto que crea y da sentido a la norma. Esto supone que un acto puede ser prescrito por una norma jurídica y al mismo tiempo prohibido por una norma de justicia, es decir, que ese mismo acto *deba ser* y no *deba ser*. Desde el punto de vista *lógico* esa situación genera un problema, pues un acto no puede ser *debido* (*gesollt*) y *no debido* al mismo tiempo. En consecuencia, solo cabría aplicar una de esas normas, pues ambas no pueden ser válidas simultáneamente. Esto conduce a Kelsen a concluir que la validez de una norma jurídica no se puede cuestionar desde el punto de vista de la justicia. Es más, para él no tiene sentido que una norma jurídica se valore como injusta por ser contraria a una norma de justicia²⁶.

Para reforzar su tesis de que solo los actos de creación de normas son susceptibles de valoración a partir de normas de justicia, Kelsen sostiene que una dificultad adicional para admitir que las normas jurídicas pueden ser, por sí mismas, objeto de valoración, se deriva del hecho de que toda norma constituye un valor, y de que hay que diferenciar la norma del valor constituido por ella²⁷. Si admitimos que las normas constituyen valores, ¿cómo pueden ellas mismas ser valoradas? ¿Cómo el valor mismo puede ser valorado? ¿Cómo un valor puede tener valor, e incluso valor negativo? Y por último, ¿cómo una norma, y, por consiguiente, un *deber ser*, puede ser como debe ser, o al contrario, no ser como debe ser? Kelsen responde que solo una realidad –v. gr. un hecho empírico o una acción humana– es susceptible de ser como debe ser o de no ser como debe ser. En otras palabras, solo la realidad (un *Sein*) puede tener valor positivo o negativo desde el punto de vista de la justicia, pues un valor que tiene valor, una norma conforme a una norma, es un pleonasma; mientras que un valor ajeno al valor, una norma contraria a la norma, es un fenómeno contradictorio (Kelsen: 1960, 359).

Estas afirmaciones son muy sorprendentes, teniendo en cuenta que Kelsen, que en la *Reine Rechtslehre* insistía en la necesidad de separar la norma constitutiva del valor y el valor constituido por ella, tiende

²⁶ «Una norma jurídico-positiva válida no puede ser injusta desde ninguno de los dos puntos de vista. Puede que se dé un acto cuyo sentido subjetivo sea un *deber ser*, y que ese acto sea juzgado como injusto desde el punto de vista de una norma de justicia considerada válida. Pero si se considera válida la norma de justicia, entonces el sentido subjetivo de ese acto no puede considerarse como el sentido objetivo de ese acto, y por consiguiente como norma objetivamente válida. Desde el punto de vista de una norma de justicia considerada válida, una norma que no sea conforme con ella no es válida, y si el sentido subjetivo del acto, por ser conforme a la norma fundamental del orden jurídico, se considera como su sentido objetivo, es decir, como norma objetivamente válida, la norma de justicia no puede considerarse válida» (Kelsen: 1960, 361).

²⁷ Véase Kelsen: 1957c, 353; 1960, 19.

ahora a confundir ambos al preguntarse si una norma puede ser valorada a partir de otra norma, o si un valor puede ser valorado y tener valor, e incluso valor negativo. Aunque un «valor valioso» es ciertamente un pleonasma, y un «valor ajeno al valor» una contradicción, esa no es la cuestión. Parece que Kelsen tiende ahora a mezclar lo que antes se había propuesto separar. Pues, en efecto, el objeto de la valoración no es un valor, sino una norma que, en su opinión, también constituye (en el sentido de que genera) un valor. Por consiguiente, la relación que establece el juicio no conecta dos valores, sino que el valor define la relación que se da entre dos normas, una perteneciente a un sistema de derecho positivo y una norma de justicia que se presupone (absolutamente) válida.

Por último, la tesis de Kelsen de que solo los actos de creación de normas, y no las normas mismas, pueden ser valorados desde el punto de vista de la justicia, contradice el uso ordinario del lenguaje. Los juicios morales sobre las normas de derecho positivo, tanto si son expresiones emotivas espontáneas como juicios reflexivos que se sustentan en alguna de las concepciones de moralidad que están vigentes en la sociedad, son cosa cotidiana. A menudo quien emite el juicio ni siquiera conoce el acto mediante el que se creó la norma, ni sabe en qué momento se produjo. Esto es todavía más evidente en las normas consuetudinarias. Parece, pues, que lo que se critica y valora desde el punto de vista de la justicia es el contenido de las normas jurídicas. Afirmar, como hace Kelsen, que los juicios morales sobre el derecho positivo no tienen por objeto normas, sino solo actos creadores de normas, es algo que desafía el sentido común. Por lo demás, aunque desde el punto de vista *lógico* dos normas contradictorias no pueden coexistir dentro del mismo sistema, la contradicción que puede darse entre una norma jurídica y una norma moral –o «de justicia», como lo expresa Kelsen– no supone una incompatibilidad lógica, sino un *conflicto de deberes* entre dos normas pertenecientes a dos sistemas normativos diferentes, es decir, entre normas que pueden ser simultáneamente válidas con arreglo a los criterios de su sistema correspondiente.

2.3 Los juicios de valor en la *Allgemeine Theorie der Normen*

En la *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) la visión de Kelsen sobre los juicios de valor se vio de algún modo alterada al modificarse su punto de vista sobre la relación entre los dos planos lógicamente opuestos del *ser* (*Sein*) y el *deber ser* (*Sollen*). Desde los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen insistía en la necesidad de separarlos (Kelsen: 1923, VI). Esa exigencia se aprecia claramente en su denuncia del error lógico de la falacia naturalista, que consiste en deducir enunciados prescriptivos o valorativos a partir de enunciados sobre hechos. Ahora bien, esto no fue obstáculo para que, de forma compatible con sus planteamientos, Kelsen siguiera admitiendo que

hay alguna relación entre la realidad factual del *Sein* y la normatividad del *Sollen*. Su teoría de los juicios de valor es un ejemplo. Hasta 1960 sostiene que esos juicios son enunciados que conectan un hecho de la realidad empírica –una conducta humana– con una norma válida. Si esa conducta es conforme a la norma, tiene valor positivo, y dependiendo del tipo de norma de que se trate se considerará *legal* (si es una norma jurídica) o *justa* (si es una norma de justicia). Si, por el contrario, no se corresponde con la norma, se atribuye a esa conducta un valor negativo y se considerará ilegal o injusta.

Esta concepción se modifica en la *Allgemeine Theorie der Normen* a consecuencia de que en la última etapa del pensamiento de Kelsen la oposición entre el *ser* y el *deber ser* se radicaliza. *Ser* y *deber ser* se presentan ahora como dos *modi* deferentes (Kelsen: 1979, 46), que, no obstante, pueden compartir el mismo sustrato. Esto supone que tanto en los enunciados que informan de que algo *es*, como en las normas que prescriben que algo *debe ser*, hay que diferenciar dos partes: (i) que algo *es* y *lo que es*; y (ii) que algo *debe ser* y *lo que debe ser*. Pues bien, *lo que es* y *lo que debe ser*, es decir, el contenido del *ser* y el contenido del *deber ser*, constituyen un sustrato modalmente indiferente²⁸. De esta manera, que algo *es* como *debe ser*, y que el contenido de un *ser* es el mismo que el de un *deber ser*, significa que el sustrato modalmente indiferente es el mismo en ambos casos. Hay, pues, un mismo sustrato que está presente en dos *modi* diferentes: el del *ser* y el del *deber ser*. En otras palabras, el sustrato modalmente indiferente es, por así decirlo, la materia bruta a partir de la cual podemos formular enunciados asertivos y estatuir normas. El sustrato expresa en dos *modi* diferentes *lo que es* y *lo que debe ser*, proporcionándonos una descripción en el primer caso y prescribiendo una conducta en el segundo²⁹.

Como consecuencia de introducir el sustrato modalmente indiferente, las normas y las acciones humanas ya no pueden confrontarse,

²⁸ Kelsen pone un ejemplo: «en la proposición «A paga una deuda de juego» el sustrato modalmente indiferente «pagar una deuda de juego» está revestido del *modus* del *ser*; en la proposición «A debe pagar su deuda de juego» está revestido del *modus* del *deber ser*. La norma «A debe pagar su deuda de juego» da al sustrato modalmente indiferente el *modus* del *deber ser*» (Kelsen: 1979, 46).

²⁹ La distinción en una misma oración de un sustrato modalmente indiferente y un *modus* recuerda la distinción hareana de los componentes que él denomina «*phrastic*» y «*neustic*». Según Hare, toda oración, tanto si se formula en modo indicativo como en modo imperativo, consta de dos elementos. El elemento *phrastic* configura un sustrato común que es independiente del modo que se utilice, y el elemento *neustic* define el modo. En las oraciones «tú vas a cerrar la puerta» y «cierra la puerta» los componentes *phrastic* y *neustic* se diferencian reformulándolas como sigue: «cerrar la puerta por ti en el futuro inmediato, *sí*» y «cerrar la puerta por ti en el futuro inmediato, *por favor*». En ambas construcciones el elemento *phrastic* es común, mientras que el elemento *neustic* es representado por «*sí*» en el primer caso (modo *indicativo*) y por «*por favor*» en el segundo (modo *imperativo*). Véase Hare: 1952, 17 y ss. y 188 y ss.

y únicamente se puede establecer una relación entre enunciados: cualquier comparación entre un hecho real y una norma solo se puede producir a través del lenguaje. Además, el sustrato modalmente indiferente no puede ser verdadero o falso –como sí pueden serlo los enunciados que se formulan en el *modus* del *ser*–, ni tampoco válido o no válido –como pueden serlo las normas que se expresan en el *modus* del *deber ser*. Como el sustrato modalmente indiferente no puede reunir esas cualidades, tampoco se le pueden aplicar los principios de la lógica (Kelsen: 1979, 47).

Esta original doctrina dio pie a una nueva forma de presentar la oposición entre el *Sein* y el *Sollen*, e, indirectamente, a una revisión de la concepción de Kelsen sobre los juicios de valor y los juicios de realidad. Una revisión que, si se compara con la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, no fue muy significativa. Sobre los juicios de realidad –que informan sobre hechos de la realidad–, Kelsen se limita a decirnos que esos juicios constatan que una conducta, como sustrato modalmente indiferente –es decir, lo que *es* esa conducta– está en el *modus* del *ser*. Y sobre los juicios de valor *subjetivos*, no añade nada a lo que ya dijo en 1960: los juicios de valor que relacionan una conducta u objeto con el deseo o la voluntad de una o varias personas son juicios de realidad «especiales». Finalmente, sobre los juicios de valor *objetivos*, que se apoyan en normas válidas, sigue manteniendo que cualquier norma que ordene o prohíba una conducta es constitutiva de un valor (Kelsen: 1979, 47). Un juicio que se apoye en esa norma y valore una conducta asignándole un valor positivo o negativo, expresa que esa conducta, en cuanto sustrato modalmente indiferente, es *debi-da* según la norma; es decir, que es el contenido de un *deber ser*.

Por consiguiente, el juicio de que una conducta es valiosa implica que *lo que es* y *lo que debe ser* esa conducta, es decir, el sustrato modalmente indiferente, es el mismo en ambos *modi*: el del *ser* y el del *deber ser*. De esa manera, lo objetivamente valioso es *lo que debe ser*; y *lo que debe ser* solo puede ser el sustrato modalmente indiferente. Por esa razón, en la *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen entiende la *valiosidad* como un *ser iguales* el sustrato modalmente indiferente de un enunciado sobre lo que *es* y de otro enunciado sobre lo que *debe ser*, y no en una comparación entre una conducta real y una norma, entre un *ser* y un *deber ser*, pues entre ambos planos no hay una relación directa (Kelsen: 1979, 48). Esto supone que la única comparación posible es entre enunciados –unos descriptivos y otros normativos–, y solo puede producirse a través del lenguaje.

La doctrina del sustrato modalmente indiferente, que significó una forma aún más radical de presentar la separación entre el *Sein* y el *Sollen*, impidiendo cualquier posible contacto entre ambos planos, certificó el alejamiento de la filosofía moral kelseniana de la evolución que desde los años sesenta experimentó la metaética.

Examinando las relaciones entre hechos y valores, el autor norteamericano Hilary Putnam señala, siguiendo a Dewey, que desde la

segunda mitad del siglo xx las teorías filosófico-morales que, partiendo de la famosa «Ley de Hume», afirman que existe una dicotomía entre los hechos y los valores, se encuentran en franca retirada. Desde Hume, los empiristas no han alcanzado a apreciar que, desde el punto de vista del lenguaje, las valoraciones y las descripciones factuales pueden imbricarse (Putnam: 2002, 41). Esto se observa con toda claridad en el empirismo lógico, cuyos representantes concebían los juicios éticos, en oposición a los enunciados descriptivos, como simples expresiones de sentimientos o como imperativos encubiertos sin ningún valor cognitivo (Putnam: 2002, 32), e insistían en que era necesario trazar en el lenguaje –y en particular en el lenguaje científico– una línea divisoria que permitiera establecer una clara separación entre los términos valorativos y los términos descriptivos (Putnam: 2002, 39).

Desde que en los años cincuenta Quine comenzó a dismantelar la concepción del empirismo lógico de un lenguaje dividido en compartimentos estancos, progresivamente se ha ido aceptando, hasta lograr un consenso básico, la idea de que una buena parte de nuestro vocabulario descriptivo está imbricado con valoraciones (Putnam: 2002, 80), y de que las valoraciones y las descripciones son interdependientes. Prueba de ello son los denominados «conceptos éticos densos» (Putnam: 2002, 50).

Al tratar de separar enteramente los planos del *Sein* y el *Sollen*, la concepción de Kelsen sobre los juicios de valor, tal como se presenta en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* y sobre todo en la *Allgemeine Theorie der Normen*, parece estar próxima a los planteamientos del empirismo lógico. Por esta razón, doctrinas como la del sustrato modalmente indiferente alejan cada vez más a la teoría pura del derecho de los nuevos caminos que se abrieron en el campo de la filosofía moral por la irrupción de la filosofía del lenguaje.

3. LOS JUICIOS DE VALOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO

Es bien conocido que otro aspecto importante de la teoría kelseniana del derecho es su cuestionamiento de la posibilidad de imbricar valoraciones en el trabajo científico-jurídico. También a ese respecto la actitud de los científicos del derecho en relación con la materia objeto de estudio está sujeta a planteamientos axiológicos y epistemológicos, dando lugar a dos concepciones enfrentadas de la ciencia en general y de la ciencia del derecho en particular:

(i) Desde una posición de *absolutismo epistemológico*, que admite que existen los objetos «en sí mismos», los juicios de valor morales no solo tienen cabida en el ámbito científico, sino que además hay una tendencia a presentarlos como si tuvieran la misma objetivi-

dad que los enunciados sobre hechos³⁰. No hay que olvidar que para Kelsen esos juicios presuponen normas de justicia absolutas, que en última instancia hay que remitir a una autoridad trascendente. En su opinión, el objetivo de esa construcción metafísica es, generalmente, justificar un orden socio-político, que se suele identificar con formas de gobierno autocráticas³¹. Este modelo de «ciencia» produce un efecto paradójico: *por un lado*, atribuye objetividad a los juicios de valor morales, mientras que, *por otro lado*, al apelar a la metafísica, sustrae al conocimiento de la prueba de la experiencia y lo hace propenso a convertirse en ideología. El ejemplo más obvio de esta tendencia es la teoría iusnaturalista que, en lugar de ejercer como una verdadera teoría científica del derecho, representa una posición ideológica sobre el mismo. La función que cumple esa teoría no es describir ni sistematizar las normas del orden jurídico, sino servir como instrumento de justificación del mismo –en cuyo caso cumple una función conservadora–, o facilitar argumentos que permitan derribarlo y sustituirlo por otro –y en ese caso sería una teoría iusnaturalista revolucionaria.

(ii) En cambio, desde una posición de *relativismo epistemológico* se niega carácter científico a los juicios de valor morales, y se pretende poner al descubierto lo que son en realidad: expresiones de emociones, intereses y deseos personales que, al inmiscuirse en el desarrollo de una genuina tarea científica, impiden conocer la verdad (Kelsen: 1957a, 199). En «Science and Politics» (1951) Kelsen explica que la «verdad», como objetivo de la búsqueda científica, es la correspondencia del conocimiento con la realidad, y no con un valor que se presupone. Para que un juicio de valor sea objetivo, los deseos del emisor deben dejarse al margen (Kelsen: 1957c, 350). En el ámbito científico-jurídico, los enunciados que describen normas (*Rechtssätze*) se pueden discutir desde el punto de vista de la verdad. A diferencia de las normas jurídicas (*Rechtsnormen*), que se pueden discutir desde el punto de vista de su *validez*, son enunciados *deónticos* que tienen cierto sentido descriptivo³², y pueden ser verdaderos o falsos dependiendo de si se refieren o no a normas válidas; normas que *existen* en el sistema jurídico. Pero lo que más interesa destacar en este momento es que para Kelsen los juicios de valor morales y políticos no pueden influir en el proceso de verificación de los enunciados que describen las normas del derecho vigente.

En el prólogo de la segunda edición de los *Hauptprobleme* (1923), Kelsen insiste en la necesidad de abstenerse de imbricar valoraciones ético-políticas en el desarrollo de la actividad científico-jurídica (Kelsen: 1923, V). En su opinión, solo en la medida en que cumpla ese objetivo y se eliminen los juicios de valor, en la medida en que descri-

³⁰ Kelsen: 1947, 392-393; 1957a, 199; 1957d, 228; 1960, 18.

³¹ Kelsen: 1957a, 202; 1968c, 1936.

³² Véase Kelsen: 1945, 45; 1957d, 210; 1960, 73.

ba su objeto con plena neutralidad axiológica, sin expresar aprobación o desaprobación, y sin referirse a valores metajurídicos, solo en esa medida, la ciencia del derecho será una verdadera ciencia (Kelsen: 1960, 112). Esta actitud lleva a la teoría pura del derecho a enfrentarse a la ciencia jurídica tradicional, que todavía seguía manteniendo una fuerte tendencia ideológica. Lo que diferencia a la ciencia de las ideologías es que estas tratan de ocultar, bajo una máscara de supuesta objetividad, proyecciones de deseos e intereses subjetivos. Para Kelsen, las ideologías hunden sus raíces en el querer, en la voluntad de engañar a los demás mediante engaños y manipulaciones³³. Aunque se suelen presentar como verdaderas teorías científicas, sus intereses se alejan de la pretensión de conocer la verdad, que es lo que caracteriza a la ciencia.

El origen de estas ideas, a las que Kelsen se mantuvo fiel, hay que buscarlo en una obra temprana: «Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft» (1916), en la que, por primera vez, él fija unas pautas sobre la forma como deben comportarse los científicos del derecho frente a los valores. Ya entonces Kelsen separaba claramente la función productora de normas, que le corresponde a la política y las autoridades, y la función descriptiva y sistematizadora, que es competencia de los científicos del derecho (Kelsen: 1968b, 39), que deben desempeñar sus tareas con plena neutralidad axiológica y sin efectuar valoraciones³⁴.

La necesidad que impone Kelsen de separar claramente la actividad científica y la política repercutió en su teoría sobre la interpretación de las normas. En 1916 se limita a admitir que existe una ciencia política y a establecer que la ciencia y la política, como actividades, deben mantenerse estrictamente separadas. Fue en «Science and Politics» donde expone esa exigencia de forma más detallada, advirtiendo que al político, como autoridad legal, le compete legislar ejerciendo la potestad que le otorga la constitución, y que en el desarrollo de esa función debe abstenerse de invadir el campo de actividad propio de la ciencia. A diferencia del científico, el político ejerce poder discrecional, de forma que en su actividad no se deja influir únicamente por lo dispuesto en las normas jurídicas (Kelsen: 1957c, 366), sino que puede tener en cuenta otras variables, como la oportunidad política y social, el análisis en términos de costes y beneficios (económicos y electorales) de las medidas que se adoptan, etc. En cambio, el científico del derecho, en el desempeño de su función, debe hacer abstracción

³³ Kelsen: 1960, 112; 1963b, 63-64.

³⁴ En el desarrollo de esas ideas Kelsen acusó la influencia del postulado de la *Wertfreiheit* que Max Weber formuló en 1904 y que él conoció con seguridad durante su estancia en Heidelberg para preparar los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911). La exigencia de la *Wertfreiheit* imponía al investigador, en disciplinas científico-sociales, la restricción de exponer los hechos sin pronunciarse a favor o en contra de ellos y sin someterlos a valoración. Véase Méta: 1969, 12; Walter: 1996, 212.

de sus preferencias e intereses, y con respecto a las normas aprobadas por el órgano legislativo, debe limitarse a constatar si se ajustan o no a la constitución y las leyes. Como resultado de su examen, él puede afirmar un hecho³⁵ o una verdad jurídica, pero no debería hacer estimaciones o expresar juicios de valor subjetivos.

Pero seguramente el mayor contraste entre las actividades y funciones respectivas de las autoridades jurídico-políticas y los científicos del derecho es el que se produce en lo referente a la interpretación de las normas. Para Kelsen, la función interpretativa que desarrolla (aunque no en exclusiva) la ciencia del derecho consiste en desvelar el marco de los significados posibles de una norma; en cambio, elegir uno de esos significados y descartar el resto, es, según él, una competencia de los órganos (políticos) de creación y aplicación del derecho, y no de la ciencia jurídica (Kelsen: 1957c, 368). Esa elección no consiste en un acto de conocimiento, sino de voluntad: es un acto «especial» de creación de derecho, que se diferencia de la función legislativa en que no está determinado por normas de rango superior³⁶. Por eso, para Kelsen la interpretación «auténtica» –que es la que realizan los órganos judiciales y el legislador– es una interpretación política (Kelsen: 1957c, 368). En contraste, el científico del derecho no realiza una función política, sino cognitiva: él no puede señalar como correcto ninguno de los significados posibles de la norma, sino que debe limitarse a una presentación aséptica de las distintas posibilidades semánticas, sin decidirse por ninguna de ellas³⁷. Si el científico del derecho incumpliera esa exigencia y recomendara uno de los significados de la norma descartando el resto, su actitud sería política antes que científica. Sería un político disfrazado de científico.

No voy a insistir en el carácter sumamente discutible de la visión de Kelsen sobre la interpretación de las normas jurídicas, ni creo desvelar nada nuevo al poner de relieve en qué medida se distancia de la realidad de la función hermenéutica que practican los científicos del derecho. Estos no solo se pronuncian sobre el significado correcto de las normas, sino que una parte importante de su actividad consiste en valorar su contenido y formular propuestas de *lege ferenda*. Además, la tarea interpretativa está gobernada por principios. Solo quisiera señalar que la exigencia metodológica de dejar las valoraciones morales y políticas al margen de las investigaciones jurídicas tiene su máxima expresión en la teoría kelseniana de la interpretación, aunque de una forma que no hace justicia al trabajo de los juristas, y en particular de la ciencia del derecho.

³⁵ Kelsen: 1957c, 366. No debe olvidarse que en «Science and Politics» y en la edición francesa de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen considera los juicios de valor sobre la legalidad de una conducta o una norma verdaderos juicios de hecho, algo que rectificaría después en la segunda edición alemana.

³⁶ Kelsen: 1957c, 368; 1960, 351-352.

³⁷ Kelsen: 1957c, 368; 1960, 353.

Un examen de la concepción kelseniana de la ciencia del derecho exige poner de relieve uno de sus rasgos definitorios: su carácter constructivo. Kelsen parte de la idea kantiana de que el conocimiento construye su propio objeto y lo presenta como un todo ordenado a partir de la información registrada por la experiencia³⁸. En el ámbito de la ciencia jurídica, la función generativa del objeto de conocimiento implica sistematizarlo y presentarlo de manera ordenada. La materia prima con la que trabajan los científicos del derecho son básicamente normas o fragmentos de normas que son generadas por las autoridades jurídicas o emanan de la costumbre. Un rasgo de la teoría pura del derecho es que solo son normas jurídicas completas las que prevén sanciones³⁹. Con frecuencia esas normas deben ser reconstruidas por el intérprete a partir de una multitud variable de disposiciones jurídicas que representan otros tantos fragmentos de normas. La tarea del científico del derecho es doble: *por un lado*, tiene que organizar el material jurídico, sistematizándolo y presentándolo como un todo dotado de sentido (*sinnvolles Ganze*) y accesible a una interpretación racional; *por otro lado*, elaborar los conceptos jurídicos fundamentales específicos de su rama del saber, sin los cuales no se podría explicar cuál es la estructura y el funcionamiento de cualquier sistema de derecho positivo.

Llegados a este punto, para concluir, hay que tener en cuenta que esta visión de la ciencia del derecho como una ciencia descriptiva entra en conflicto con una concepción constructivista de dicha ciencia que aflora en ciertos momentos importantes de la obra de Kelsen. Rodilla explica que según esa concepción, de raíz neokantiana, la ciencia del derecho construye su propio objeto como un todo pleno de sentido a partir del material que es producto de los órganos de creación de normas. Esto implica trasladar al derecho ciertas exigencias lógicas o de racionalidad que, como la coherencia y la compleción, en principio no cabe esperar de un sistema normativo que solo está compuesto por normas positivas⁴⁰. Casi hasta el final de sus días Kelsen

³⁸ Kelsen: 1957a, 200; 1960, 74.

³⁹ En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen distingue las normas jurídicas «completas» (o «no dependientes») y las normas jurídicas «incompletas» (o «dependientes»). Las primeras conectan un supuesto de hecho con una sanción que opera como consecuencia jurídica. Puesto que para él, además, el derecho no se puede entender sin el ingrediente de la coactividad, solo las normas completas son genuinas normas jurídicas. El resto, las normas incompletas, son meros fragmentos de normas, que solo adquieren sentido jurídico cuando se acoplan al supuesto de hecho de normas sancionadoras. Ese «acoplamiento» es resultado de la labor constructiva de su objeto que desarrolla la ciencia del derecho. Véase Kelsen: 1960, 55 y ss.

⁴⁰ Véase Rodilla: 2009, 306-309. Este trabajo recoge un pasaje de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* en el que Kelsen formula la idea con tonos inequívocamente kantianos: «En el sentido de la teoría kantiana del conocimiento, la ciencia del derecho, como conocimiento del derecho, igual que todo conocimiento, tiene carácter constitutivo y por consiguiente «produce» su objeto en la medida en que lo concibe como un orden con sentido. Así como el caos de las percepciones sensoriales

insistió en concebir el derecho no solo como una unidad dinámica de normas positivas, meramente creadas mediante actos de voluntad, sino también como una «unidad lógica», construida por la ciencia jurídica y dotada de las propiedades de coherencia y compleción. En consonancia con ello, Kelsen atribuyó a la norma fundamental la función de garantizar la coherencia del sistema. Para cumplir esa función, la norma fundamental contiene «principios de interpretación» del material jurídico que permiten reconstruirlo como un todo dotado de sentido, completo y sin contradicciones. Así pues, frente al ideal crudamente positivista de una ciencia del derecho meramente descriptiva, que hace acopio de juicios de valor que contrastan las normas del sistema jurídico con la conducta de quienes están sujetos a ellas, y concibe la interpretación de esas normas como la mera exploración de los posibles significados que contienen, en esta visión constructivista del conocimiento jurídico, que impone a su objeto sus propias exigencias de racionalidad, está latente una visión muy diferente del trabajo hermenéutico que implica un proceso de reconstrucción guiado por principios no convencionales que permiten presentar el derecho como una construcción racional.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BJARUP, J., «Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice», en *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 273-303.
- ERRÁZURIZ MACKENNA, C. J., *La Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1986.
- HARE, R. M., *The Language of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1952.
- HILGENDORF, E., «Zum Begriff des Werturteils in der Reinen Rechtslehre», en *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Wien, Springer, 2001, pp. 117-135.
- KELSEN H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.
- *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1934.
- *General Theory of Law and State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1945.

se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, solo mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, igualmente la multitud de las normas jurídicas generales e individuales establecidas (*gesetzt*) por los órganos jurídicos se convierte en un sistema unitario, libre de contradicciones, en un orden jurídico, solo mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esa «producción» tiene carácter puramente gnoseológico. Es algo totalmente diferente de la producción de objetos mediante el trabajo humano o de la producción del derecho mediante la «autoidad jurídica» (Kelsen: 1960, 74-75).

- KELSEN H., «The Metamorphoses of the Idea of Justice», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, Oxford: Oxford University Press, 1947, pp. 390-418.
- «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957, pp. 198-208, 388 (1957a).
- «The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, pp. 137-173, 384-388 (1957b).
- «Science and Politics», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957, pp. 350-375, 397 (1957c).
- «Value Judgments in the Science of Law», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, pp. 209-230, 389 (1957d).
- «What is Justice?», en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, pp. 1-24, 376-378 (1957e).
- *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960.
- «Die Grundlage der Naturrechtslehre», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 13 (1-2), 1963, pp. 1-37 (1963a).
- *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. M. Nilve, 3.^a ed., Buenos Aires, Eudeba, 1963 (1963b).
- «Die Idee des Naturrechtes», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, pp. 245-280 (1968a).
- «Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, pp. 37-93 (1968b).
- «Staatsform und Weltanschauung», en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, pp. 1923-1942 (1968c).
- *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz, 1979.
- *Esencia y valor de la democracia*, trad. J. L. Requejo Pajés, Oviedo, KRK, 2006.
- MÉTALL, R. A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, Franz Deuticke, 1969.
- MORESO, J. J., «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Revista electrónica Cartapacio de Derecho*, 4, 2003, pp. 1-46 (<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/35/48>).
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 8.^a ed., Barcelona, Ariel, 1997.
- PETTIT, P., «Kelsen on Justice: a Charitable Reading», en *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 305-318.
- PUTNAM, H., *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other Essays*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2002.
- RODILLA, M. A., «¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen», *DOXA*, 32, 2009, pp. 255-314.

- SQUELLA, A., «La Teoría pura del Derecho y los juicios de valor», *Estudios de Derecho*, XL, 1981, pp. 65-75.
- WALTER, R., «Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit», en *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, vol. 3, New York, Springer, 1996, pp. 207-233.

II

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

CAMPIONE, Roger, y RUSCHI, Filippo (Coords.): *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 327 pp.

Las reflexiones sobre el problema de la guerra –y por consiguiente de la paz– han ocupado, y continúan ocupando, un lugar destacado en la historia del pensamiento político y filosófico. Desde el fin de la Guerra Fría no han cesado de surgir diferentes discursos sobre el carácter del nuevo orden mundial y la relación entre la guerra, la moral y el derecho. Muchos han sido los puntos comunes de estas profundas discusiones que, aunque parten desde antiguo, no han dejado de reajustarse en función del contexto. Las preguntas sobre la legitimidad de la guerra, el análisis de su legalidad o la tensión entre la libertad y la seguridad se ven hoy acompañadas por nuevos interrogantes sobre la eventual influencia de las transformaciones tecnológicas en el desarrollo de los conflictos.

Creo que es posible convenir en que uno de los principales hechos de lo que llevamos de siglo XXI, el atentado del 11 de septiembre de 2001, generó una profunda revisión de los discursos hasta entonces existentes sobre la guerra y la seguridad. Esto desembocó en un reordenamiento de prioridades al situar el terrorismo como la principal amenaza a la que debía hacer frente la comunidad internacional. En esta última década, la guerra es mucho más que un conflicto armado entre dos grupos similares entre sí. Se podría decir que en la actualidad asistimos a la paulatina desaparición –o profunda transformación si se prefiere– de los «tradicionales» conflictos interestatales. Ello en favor de un nuevo abanico de amenazas no-militares y actores no-estatales que están, cada vez más, en el centro de cualquier análisis que se lleve a cabo en materia de seguridad internacional.

Efectivamente, el volumen colectivo que coordinan Roger Campione y Filippo Ruschi, profesores de la Universidad de Oviedo y de la Universidad de Florencia respectivamente, y que tiene su origen en el I Seminario hispano-italiano *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, pone el foco, desde un acertado planteamiento multidisciplinar, en la siempre problemática relación entre guerra, normas y contextos. Este enfoque permite desentrañar analíticamente los nuevos –o no tan nuevos– mecanismos legitimadores de los conflictos armados, partiendo para ello (como señala la contracubierta) de la idea de la guerra como un fenómeno racional capaz de ser analizado en términos científicos. Uno de los rasgos que subyace en el fondo

de esta obra es la preocupación de sus autores por la creciente recuperación de modelos teóricos que apoyan la legitimidad de las intervenciones armadas en términos de moralidad más que de legalidad. Complicando aún más las cosas, todo ello se conjuga –razonaremos posteriormente por qué– con la redefinición constante que sufren los discursos sobre la guerra en virtud del diferente contexto histórico-político en el que nos situemos.

Con el fin de abordar todas estas cuestiones desde una perspectiva histórica, filosófica, sociológica y jurídica, el libro se estructura en tres partes diferenciadas. En la primera parte, «Semánticas del conflicto», se abordan algunos de los conceptos especialmente problemáticos sobre la materia, en especial aquellos que derivan del uso del lenguaje y la gramática de la guerra, así como el impacto de nuevos elementos de conflicto –como el uso de drones– en el derecho. La segunda se titula «Ejercicios de justificación» y pone en el centro de la reflexión la recuperación del debate ético en torno al uso de la fuerza y la noción de agresión a la luz de los acontecimientos internacionales más recientes. Finalmente, la última parte, que lleva por rúbrica «Escenarios del orden», se dedica a tratar diferentes cuestiones (guerra de doctrina, tortura y efectos en la política nacional) unidas todas ellas por un nexo común: el cambio de paradigma político a partir de la denominada «guerra global contra el terrorismo».

Ana Aldave da inicio a la primera parte poniendo de manifiesto la necesidad de repensar, hoy más que nunca, los parámetros que identifican la guerra (pp. 21 a 44). Y ello porque, a la complejidad de los fenómenos violentos actuales, se suma la confusión e imprecisión en el uso del lenguaje en este contexto. Si bien antes existía cierta reticencia a hablar de un estado de guerra, ahora (especialmente a partir del 11/S y la proclamación de la «guerra global contra el terrorismo») asistimos al fenómeno contrario: el uso generalizado de este término para englobar cualquier hecho violento, justificando, así, la aplicación de un paradigma jurídico específico. De esta manera se ha materializado una idea de inseguridad global que ha permitido reintroducir en el lenguaje político una semántica de la amenaza. A partir de la pregunta ¿es guerra todo aquello que hoy se señala como tal?, la autora pasa a examinar la dicotomía existente entre los términos utilizados y los contextos normativos de aplicación, poniendo de relieve como, tras el intento de flexibilizar los primeros y, por ende, acomodar los segundos, se suele encontrar una amalgama de intereses que nada tienen que ver con un análisis racional del fenómeno.

Este problema –el de determinar el marco jurídico de referencia– es mencionado también por Filippo Ruschi en el segundo capítulo sobre la *drone warfare* (pp. 45-70). Entra aquí en juego una difuminación aún mayor del contexto, una «hibernación del circuito normativo», al situarse el uso militar de drones en una zona sombría del derecho internacional, en aquel espacio que surge de la asimetría entre la noción de uso de la fuerza y la de agresión armada. Este artículo propone que la creciente utilización de sistemas aéreos no tripulados en los conflictos armados representa parte de un cambio evolutivo en el ordenamiento político global. Un cambio que, aunque a veces pueda parecer hipotético o sobre futuribles, ya no lo es en absoluto y puede ser encarado solo a través de una reflexión capaz de hacer frente al desafío de un nuevo *nomos* de la guerra (esta necesidad de reconsideración del paradigma, como no podría ser de otra manera, se encuentra en el trasfondo de todos los capítulos del libro).

«El terrorismo entre legalidad y legitimidad. El insostenible monopolio de los Estados sobre la noción de violencia ilegítima» (pp. 77-110) es el título de la aportación firmada por Alessandro Colombo. A partir del contraste que representa la idea de «guerra contra el terrorismo» y de una genealogía del fenómeno terrorista (con sus ambigüedades), el autor reflexiona sobre la apropiación por parte de los Estados de los límites entre violencia legal, ilegal, normal o anormal. Volvemos, una vez más, a poner de manifiesto cómo, a través del lenguaje y la propaganda política, se pueden desdibujar los límites entre guerra, seguridad y terrorismo tratando de dar cabida, incluso, a la noción de guerra preventiva. Nos situamos, de acuerdo con el autor, en la posición crítica hacia el intento de los Estados de definir el terrorismo, con la finalidad de introducir a sus propios enemigos en esta suerte de guerra «sin límites» contra el terror.

Lorenzo Cicchi y Fabrizio Coticchia cierran la primera parte del libro con un estudio acerca del impacto militar de los *foreign fighters* (claro ejemplo de creciente importancia de los elementos transnacionales en la seguridad contemporánea) a partir del estudio concreto del caso del Estado Islámico (pp. 111-134). Sintéticamente, la conclusión a la que llegan es que, a pesar del interés por la amenaza representada por los *foreign fighters*, poca atención se ha prestado a su impacto militar. Impacto del que no debe desviarse la atención por la capacidad de estos combatientes de transmitir conocimiento militar («*know how*») y su grado de adaptación a diferentes escenarios. Los autores diseccionan las diferentes posturas que existen sobre esta cuestión, muchas veces totalmente discordantes, llegando a concluir (muy razonablemente) la existencia de diferentes *patterns* de conducta recurrentes y la necesidad de realizar, sobre ellos, análisis comparativos futuros.

Las cuatro aportaciones de la segunda parte son una clara muestra de cómo se ha actualizado el debate sobre la legitimidad de la guerra debido a la existencia de ciertas justificaciones morales que parecen pretender que esta vuelva a ser, en las ya clásicas palabras de Clausewitz «la continuación de la política por otros medios». Incluso, cabe decir que se pretende que la guerra se conciba como un instrumento para hacer el «bien», en cuanto que se torna la herramienta necesaria e indispensable para garantizar la paz y la democracia, lo que no deja de ser un desafortunado oxímoron.

En la primera contribución de esta segunda parte, tras la exposición de las teorías sobre la guerra justa de Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, con un indudable valor recopilatorio, Luca Baccelli relaciona las discusiones del siglo XVI sobre la conquista de América con la regeneración que han tenido esos argumentos en la actualidad (pp. 137-169). Concluye el autor diciendo, y no podríamos estar más de acuerdo, que la teoría de la guerra justa sigue siendo una referencia, un prisma maleable que sirve para que ciertos Estados, a través de una utilización ideológica del derecho, se sitúen por encima del ordenamiento internacional, en la misma posición que el príncipe justo de Vitoria, llamado a defender como juez y parte la «estabilidad» mundial.

Desde esta misma perspectiva histórica, el pertinente estudio de Stefano Pietropaoli «*¿Ius contra bellum?* Consideraciones sobre legítima defensa y uso de la fuerza en la época de guerra global» afronta la relación entre el *ius ad* (o *contra*) *bellum* y el *ius in bello*. Lo hace reivindicando la necesidad de analizar las reglas sobre el recurso al uso de la fuerza (*ius ad bellum*) y las reglas sobre la conducta de las hostilidades (*ius in bello*) como dos ámbitos normativos independientes. El autor nos advierte del peligro que podría tener

hacer prevalecer el primero sobre el segundo, lo que, en sus propias palabras, permitiría la «reaparición de la lógica discriminatoria de la guerra justa». Si luchar por una «causa justa» fuera suficiente para acomodar las normas que disciplinan los enfrentamientos armados, estaríamos abriendo la puerta a una reinterpretación interesada de las mismas que tendría como consecuencia resultados desastrosos e imprevisibles.

El Trilema de Münchhausen le sirve a Roger Campione en «El Trilema de Polemos: derecho, guerra y relaciones internacionales» (pp. 187-209) como punto de partida de su análisis sobre las relaciones entre la guerra y el derecho en las relaciones internacionales. El pivote central de su disertación es la confusión entre el criminal y el enemigo y, por tanto, la distorsión –realizada en base a intereses hegemónicos– entre el derecho de guerra y el derecho penal. Está claro que si se quiere hablar de «guerra» contra el terrorismo se debe reconocer a los terroristas todos los derechos derivados del *iustus hostis*, lo que implica tratar a los beligerantes en condiciones de igualdad. Si se trata de difuminar las diferencias entre el enemigo y el delincuente como sujetos sometidos a distintas esferas de poder, la única consecuencia posible es la aplicación interesada del derecho de guerra, con sus evidentes resultados.

Davide di Pietri en su aportación «La agresión: ¿crimen internacional del estado o crimen del individuo?» (pp. 211-229) comienza diseccionando la lógica subyacente en las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU sobre el crimen de agresión. De manera inteligente y como consecuencia de lo que el autor llama «un trauma infantil» se hace una crítica (con la que concordamos) a la actitud excesivamente prudente del Consejo de Seguridad, que se ha mostrado reacio a calificar ciertas situaciones como agresión, alimentando así cierta ambigüedad (o «tabú lingüístico») en sus resoluciones. El Estatuto de Roma de 1998 tipificó el crimen de agresión dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), supeditando su ejercicio efectivo al cumplimiento de ciertos requisitos. El autor se plantea si, de cara al futuro, estaremos ante un delito efectivamente perseguible o, en cambio, si prevalecerá la intención de determinados Estados de limitar la competencia de la CPI en esta materia.

Michele Chiaruzzi (pp. 233-249) abre la última parte del libro con la siguiente cita de Hobbes: «Sin un pretexto, no sucede la guerra». A partir de esta expresión, su interés se centra en la denominada guerra de doctrina, para cuya definición el propio autor toma como ejemplo de referencia la guerra de Irak del año 2003. Este ejemplo, y otros anteriores como la guerra de Serbia de 1999 y posteriores como Libia 2011, sirven al autor para desgranar todas aquellas implicaciones que tiene, y ha tenido, la legitimación de la guerra a través de una causa ideológica. Esto tiene como consecuencia lo que podemos llamar la «combinación de la potencia con una creencia», lo que añade un elemento ideológico que convierte la guerra de doctrina en un instrumento clave en un pretendido proceso de uniformización ideológica. El problema aquí es la posibilidad de utilizar como pretexto de guerra el ánimo de transformar una ideología subjetiva en una ideología objetiva y universal, con la ulterior pérdida de la identidad estatal de quienes no la comparten y, por tanto, del pluralismo que caracteriza (o debería caracterizar) la sociedad internacional.

La forma en que los gobiernos tratan de garantizar la seguridad o defender valores como la libertad y la justicia se manifiesta también en el uso de cuestionables mecanismos en pos de la eliminación de las amenazas. Por ello la inclusión del texto de Ignacio Sánchez de la Ycera y Marta Rodríguez

Fouz, «El (in)justificable recurso a la tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones» (pp. 251-293) está perfectamente justificada. Los autores analizan como tras el 11/S se ha propiciado la institucionalización de la tortura, a través del lenguaje del miedo y aprovechando la conmoción social (interesadamente acentuada) que generaron estos ataques. El derecho internacional prohíbe la tortura sin excusas, pero en la práctica esta prohibición se viola habitual y sistemáticamente aduciendo el cumplimiento de un deber superior. No podemos más que coincidir con los autores en las inquietantes consecuencias que tiene esta «ceguera» moral ante la deshumanización del enemigo, lo que implica la suspensión de la universalidad de los derechos humanos. El objetivo no se cumple. A través de la institucionalización de la tortura no se alcanza una mayor seguridad. Es decir, la tortura ni es eficaz, ni puede soportarse desde el punto de vista de la dignidad humana.

El trabajo de Emidio Diodato que cierra este volumen colectivo, «Entre el repudio y la reforma de poderes. La «guerra» en la política exterior italiana», se detiene en un profundo análisis crítico de los efectos sociales, jurídicos y políticos que ha tenido en este país la reformulación de los modelos de guerra. El artículo 11 de la Constitución italiana condena la guerra como un instrumento de solución de controversias. No obstante, no se puede olvidar que este país está incluido en un sistema de alianzas que no le permite una desvinculación total de las ideas de otros Estados (más poderosos) sobre la política internacional. El llamamiento del artículo 11 claudicó frente a la seguridad colectiva. Este hecho ha generado una contradicción entre el repudio a la guerra (derivada de la traumática experiencia histórica italiana) y la idea de que desde el punto de vista estratégico el país no puede mantener la seguridad por sí mismo. A pesar de que el autor analiza únicamente el caso italiano, consideramos plenamente extrapolables a otros países –incluido el nuestro– sus ideas sobre la «atracción fatal» hacia guerras adornadas muchas veces bajo el disfraz del humanitarismo.

A casi más de dos décadas de los atentados del 11/S, si algo ha quedado en evidencia es la existencia de viejos y nuevos desafíos derivados de las transformaciones sufridas por el paradigma bélico. A través de un coherente sentido metodológico, este volumen trata de aunar distintos enfoques que pivotan siempre sobre la misma cuestión: tratar de discernir cómo el devenir de los acontecimientos y los contextos afectan al sistema político y jurídico. En este sentido, no cabe más que señalar y agradecer el valioso esfuerzo de todos los autores que colaboran en esta obra colectiva al permitir avanzar en todas estas cuestiones apelando a la reflexión razonada. Reflexión que es, a veces, obligada por la aparición de ciertas tendencias preocupantes, como todas aquellas que buscan, bajo el prisma de la moralidad, convertir la guerra en un mero instrumento catalizador de retóricas y discursos hegemónicos.

Beatriz GONZÁLEZ MINGUELA
Universidad de Oviedo

DE LUCAS MARTÍN, Javier; VIDAL GIL, Ernesto; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación; BELLVER CAPELLA, Vicente (eds.), *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompert, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, en dos volúmenes: vol. I, 1071 pp.; vol. II, 1076 pp.*

Jesús Ballesteros es ante todo un pensador interesado por comprender el tiempo que le ha tocado vivir y proponer un futuro más justo. Se ha ocupado de los grandes temas que han inquietado a la humanidad en los últimos cincuenta años y lo ha hecho en diálogo no solo con los pensadores del momento sino también con los principales filósofos de todos los tiempos. Sus líneas de investigación han sido tan fecundas que han atraído a un buen número de personas que se han querido formar de su mano en la filosofía jurídica y política. Muchos de ellos han querido manifestar ahora su gratitud al prof. Ballesteros con las contribuciones que se recogen en este libro y que rinden homenaje a tantos años de fecundo magisterio.

La obra se articula en torno a los principales retos del tiempo presente a los que se ha dedicado el emérito valenciano, que son los siguientes: 1. Sentido del Derecho. 2. Derechos Humanos. 3. Modernidad y Postmodernidad. 4. Ecología Política. 5. Bioderecho y Bioética. 6. Paz y Seguridad Humana. 7. Pobreza y Capitalismo Financiero.

Los trabajos publicados ahora proceden en su mayoría de la Filosofía del Derecho, Moral y Política pero contienen también elementos de otras muchas ciencias jurídicas y sociales sin las cuales resulta imposible llevar a cabo la reflexión sobre el Derecho. Por ello, ofrecen una visión holística de los temas abordados. Cada una de las contribuciones puede leerse como una concreción de esa visión de la filosofía entendida como «interpretar el tiempo presente», que el profesor Ballesteros ha hecho guía de su trabajo intelectual.

El texto está organizado en dos amplios tomos. El primero inicia con una extensa tabula gratulatoria de todos los que, con independencia de que hayan aportado o no una contribución al libro, han querido manifestar su reconocimiento al profesor Ballesteros. A continuación, encontramos una breve pero orientadora semblanza intelectual del homenajeado, que nos da las claves de su formación iusfilosófica, de su pensamiento y de las cuestiones que más le han interesado a lo largo de su vida académica. La semblanza viene acompañada de una relación completa de todos los trabajos publicados por el homenajeado hasta el momento de editarse el libro. Conviene hacer notar el profesor Ballesteros sigue desarrollando en la actualidad una intensa labor investigadora y de dirección de tesis doctorales en su condición de profesor emérito de la Universitat de València. El primero de los tomos recoge los trabajos agrupados en torno a los dos primeros temas que comprende la obra: el sentido del Derecho y los Derechos Humanos. El segundo tomo se enfoca en los cinco temas restantes: Modernidad y Postmodernidad; Ecología Política; Bioderecho y Bioética; Paz y Seguridad Humana; y Pobreza y Capitalismo Financiero.

Con el propósito de no extender mucho la reseña pero que permita al lector darse una esquemática fotografía de la obra, se abarcará el contenido general de cada apartado temático a fin de entender su conformación y la importancia que tiene respecto del homenajeado y la realidad que tan incansablemente ha estudiado. No obstante, merece la pena mencionar que cada

artículo tiene pretensiones mucho más amplias de las que aquí se pudieran reseñar en tan limitado espacio.

En el primer bloque, que comprende los primeros 20 artículos, se toca el tema del «sentido del Derecho» desde diversas perspectivas, pero teniendo en todo momento como centro la definición del Derecho, «el Derecho como no discriminación y no violencia», dada por el propio Ballesteros durante sus inicios académicos en aquel Congreso Mundial de Filosofía del Derecho (IVR) de principios de los años setenta del pasado siglo. Y es que, como dice el prof. De Lucas, «el Derecho como garantía frente a la discriminación y la violencia es, en efecto, lo que confiere su mejor sentido a esta extraordinaria creación cultural, fruto en gran medida del genio romano pero madurada a lo largo de una multiseccular evolución cuyas raíces filosóficas ha tratado de esclarecer el profesor Ballesteros» (p. 101).

Desde esta perspectiva del Derecho entendido como no discriminación y no violencia, este primer capítulo aborda diversos tópicos de enorme importancia en el presente como son, por ejemplo, el Derecho Penal y su paradigmática transformación actual (Amato Mangiameli, y Barona Vilar), las herramientas narrativas en la dinámica judicial y la hermenéutica (Ruiz Sanz y Zaccaria), las ideas de justicia y bien común (Marco y Trujillo) u otras materias más evocativas a la *praxis normativa* como la coacción vista desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014 (de Domingo Pérez).

Esa reflexión sobre cuestiones acuciantes se complementa con la indagación sobre los fundamentos porque «la antropología filosófica, el conocimiento de los caracteres existenciales del ser del hombre, constituye el punto de partida necesario para la pregunta acerca del sentido o sinsentido del derecho en la vida» (p. 309). El presente, como reconocen los autores haber aprendido del prof. Ballesteros, no se entiende sino desde la historia y los clásicos. De ahí la presencia en este capítulo de trabajos sobre autores clásicos como Sófocles o Cicerón (Prada García y Llano Alonso) y sobre la importancia de transmitir en el aula ese conocimiento, ya que de ello depende la formación de «*juristas o personas de leyes*» y no de abogados expertos en la técnica, o «*autómatas sometidos acríticamente a la autoridad* «de la norma, del cliente o del juez»» (p. 254).

Muy de la mano de la primera área temática sigue el segundo capítulo, que se ocupa de los Derechos Humanos y que, con 25 contribuciones, resulta ser el más amplio de los capítulos. Todos ellos tienen en común un rasgo heredado del pensamiento de Ballesteros: presentar y defender la dignidad universal del ser humano desde las características de la diferencia, la diversidad y la vulnerabilidad.

Desde una visión acerca del ser humano llamada *ecopersonalismo*, –postura que servirá en su momento para introducir otro de los bloques temáticos– «el hombre es visto por tanto como relación solidaria e interdependiente con los otros» (p. 727) y, por ende, ««[s]e es más libre cuanto mayor número de relaciones se tienen con los otros, y menor dependencia se tiene respecto de los objetos» [...] En resumen, el personalismo ecológico de Ballesteros contempla al ser humano como un *humus pensante e interdependiente*: en cuanto *humus* comparte la condición vulnerable con su entorno, en cuanto ser pensante es consciente de sí, de los otros y de su entorno, y en cuanto *pensante e interdependiente* necesita –y es capaz de– establecer una relación significativa con ambos, estableciendo pautas para procurar su cuidado» (p. 728-9). Lo que resulta fundamental para exponer que «esa redefinición de lo más radicalmente humano implica dejar atrás el universalismo abstracto

liberal-individualista para promocionar una protección al tiempo *universal y circunstanciada* de los derechos humanos» (p. 733) algo que se profundiza durante todos los artículos del capítulo de una u otra forma.

Sobre la base común de la defensa de la dignidad universal del ser humano, este capítulo contiene trabajos que se agrupan en cuatro categorías: cuestiones fuertemente debatidas de la actualidad relacionadas con los derechos humanos; la aportación fundamental de algunos pensadores del pasado y del presente a la definición del concepto de los derechos humanos; estudios sobre la historia y el fundamento de los derechos humanos; y, por supuesto, los estudios centrados en algún derecho humano en particular. Entre los primeros encontramos los siguientes trabajos: de Añón Roig sobre la violencia de género; de Galindo sobre las nuevas ciudades inteligentes; de García Pascual sobre los símbolos y la democracia como instrumento de desigualdad; de Morales Sánchez sobre la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzina-pa en México en 2014; o de Solanes Corella sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos. Entre los segundos, destacan el trabajo de Emilia Bea sobre el pensamiento de Simone Weil y el de Cristina Hermida sobre Francisco de Vitoria. Entre las aportaciones que tratan de cuestiones históricas y de fundamento, cabe mencionar la que trata de las raíces del nazismo como negación absoluta de los Derechos Humanos (Alarcón Cabrera), el estudio de García Ruiz sobre el fundamento antropológico-filosófico de los derechos humanos en Jesús Ballesteros o el de Aparisi Miralles sobre los presupuestos filosóficos del modelo de igualdad en la diferencia. Finalmente, entre las contribuciones que se ocupan de algún derecho o categoría de derechos, tenemos las que tratan del derecho a la educación inclusiva (Cardona), el derecho a la participación política de las personas con discapacidad (Martínez Pujalte) o el derecho a la intimidad y la protección de los datos biomédicos (Pérez Luño).

El tercer tema del libro corresponde a «Modernidad y Postmodernidad». En él se incluyen 9 artículos, internamente unidos por la preocupación sobre el pasado cercano, el presente y el futuro próximo. Esta misma preocupación fue la que hizo que el ilustre valenciano escribiera su texto *Posmodernidad: Decadencia o Resistencia*, que resulta eje en la reflexión del capítulo entero, si no es por la cita directa, por la influencia que relatan sus discípulos al exponerlo.

«La modernidad con su triple dimensión: económica (modernización), política (modernidad) y cultural (modernismo) ha puesto en crisis no solo a la sociedad, sino al hombre mismo produciendo una profunda crisis antropológica pues ha reducido al hombre a *homo economicus*, *homo citoyen* y *homo sensualis*,» (p. 1145-6). Ante esto, surgen dos posturas, según el propio Ballesteros: la decadencia o la resistencia. Los colaboradores se decantan por la segunda, expresada en materias como la experimentación animal (Martínez Otero), las reformas constitucionales (Sauquillo), la propia globalización (Vidal Martínez) o hasta en la propia idea de naturaleza humana (Ortiz).

Sin embargo, queda «la sensación de estar viviendo tiempos difíciles, tiempos de crisis en el sentido originario de cambio desde un mundo que agoniza hacia otro que aún no sabemos exactamente cómo será ni el papel que nos tocará desempeñar en él, si es que hay en él algún papel reservado para nosotros» (p. 1219). La postmodernidad –como se llama la época contemporánea que lleva aparejada el futuro próximo y no tan próximo– supone entonces un posible cambio de paradigma que definirá la imagen del hombre frente a los avances tecnológicos, políticos, económicos y demás horizontes,

a partir de la resistencia basada en una «ética jurídica del débil», y en la revalorización del hombre y su humanidad desde una visión integral más allá del factor económico.

El cuarto tema, siendo el más breve de todos los capítulos (6 artículos), adquiere relevancia especial puesto que fue uno de los más estudiados por el homenajeador, según destaca su bibliografía: la Ecología Política. Como se introdujo en líneas anteriores, el fundamento de la postura del doctor Ballesteros es el *ecopersonalismo* o, mejor dicho, el *ecologismo personalista*, el cual «considera que la naturaleza está al servicio del hombre, dado que el hombre es el único ser capaz de proyectar, de decir no (Scheler), de conocer su finitud y su muerte, y de pensar (Pascal), es el único ser dotado de intencionalidad (Brentano, Husserl)» (p. 1430). No obstante, resulta también evidente que «la destrucción de la naturaleza entraña la destrucción del hombre» (p. 1430).

Partiendo entonces de la premisa personalista, el estudio del ser humano y su relación con el ambiente –tanto social y cultural como respecto a la naturaleza– son pieza clave para comprender la integralidad del mundo y lo que implica su cuidado. La palabra «cuidado» es quizá la más repetida en todos los textos del apartado temático ya que de esta nacen los análisis sobre la cultura del descarte (Bellver Capella), sobre los dilemas socio-morales ante la problemática ambiental (Nuévalos Ruiz & Sánchez Lissen) y, en general, todo estudio que implique reconocer desde una perspectiva humana el valor de la naturaleza. A fin de ello, resulta imprescindible el enfoque histórico-político, que nos permiten los clásicos (Alvira y Megías Quirós) y las nuevas posturas –como son la de Ballesteros y del papa Francisco– donde «la relación entre hombre y naturaleza no debe ser de dominio incontrolado –nobleza obliga–, sino de cuidado y de diligente administración. La relación entre hombre y naturaleza no debe ser de exclusión: o uno u otra, sino de colaboración, de simbiosis, de cooperación» (p. 1398).

El quinto capítulo, bajo el nombre de Bioderecho y Bioética, es quizá el más controvertido en la medida en que nos enfrenta a los nuevos paradigmas tecnológicos, filosóficos y, sobre todo, antropológicos que ha traído consigo la tecnociencia a partir del último tercio del siglo xx.

Por ser temas complejos, y que pueden no ser muy conocidos de forma técnica, los artículos de Palazzani y Salcedo pueden ser una buena introducción al apartado, sin demeritar por ello los demás trabajos. En ellos –como en el resto de forma más centrada– se explora la relación tan intrínseca que tienen las ciencias del Derecho, la Ética y las ciencias de la vida, como la medicina o la biología. El estudio de estas relaciones dio pie a la aparición de las disciplinas de la Bioética, el Bioderecho y, la más nueva de todas, Biojurídica.

Pese a que no está inserto de forma explícita en varios de los autores, la democratización de las libertades biológicas ha sido un gran contrapeso para un desarrollo legislativo serio de las materias que pueden llegar a comprender estas tres interdisciplinas. Esto ha conllevado una pugna constante entre las dimensiones del deber ser y ser actual de las mismas, que en mucho ha resultado en una lucha entre el sentimentalismo y la racionalidad. Lo expresa bien Ballesteros al decir «el Derecho, como ya vieron los romanos, y repite lo mejor del pensamiento jurídico contemporáneo, no está al servicio de los sentimientos, que, por definición, son mudables, sino que está a disposición de la seriedad y la estabilidad de la voluntad» (p. 1520). Por esto mismo el lector encontrará en muchos de los argumentos un constante acercamiento a

las legislaciones bioéticas –o, mejor dicho, biolegislación– con buena parte de crítica valorativa desde las diversas disciplinas sociales, como lo son el Derecho, la ética y la Filosofía.

Partiendo de la visión fenomenológica y cristiana de la vida, así como del estudio de muchos años del mentor valenciano se abren a discusión –poniendo en diálogo las diversas posturas e ideologías imperantes actualmente– cuestionamientos que perfilan preguntas y respuestas sobre la vida humana, hablando de sus inicios (Castillo Martínez) o del final (Pastor García), al igual que de aspectos contractuales (Sartea), inclusive de conceptos como democracia (Domingo Moratalla) y sanidad (López Guzmán) a la luz del filtro bioético y biojurídico. Ya que «una de las tareas insoslayables de la filosofía radica en interpretar el propio tiempo y reflexionar sobre los grandes problemas del presente, para tratar de entender su significado en relación con las exigencias del respeto al ser humano» (p. 1565).

El penúltimo capítulo de este gran homenaje está enfocado a la Paz y Seguridad Humana. Aunque el término de paz ha sido usado desde los albores de la humanidad, el de Seguridad Humana se remonta a la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU), aunque ambos están profundamente relacionados. Por ello, dentro de este apartado, los ocho artículos que lo componen exponen de manera profunda una pequeña parte de este amplio, y en apariencia novedoso, tópico con incidencia internacional.

Parte importante, al hablar de la paz y la seguridad, es hablar sobre soberanía, guerra y justicia. Sin embargo, si se «busca mantener y reforzar las exigencias sociales, y ligar al individuo a la vida y a la sociedad [...] el individuo y la sociedad forman un mismo cuerpo cuya principal tarea es la conservación individual y social. La sociedad se mantiene entonces cohesionada y replegada sobre sí misma, ya que sus miembros se sostienen entre sí [es decir una soberanía cerrada]. Así, predomina en ella el instinto primitivo que consiste en amar en primer lugar a los hombres con quienes se vive, contra todos los demás» (p. 1773). Esto lleva a la sociedad a preconizar la violencia y la injusticia, algo que va totalmente en contra del sentido del Derecho.

Por ende, nuevamente la definición del Derecho de Ballesteros es la que permea en la visión del tema general, con la finalidad de dilucidar por medio de la apertura, y la confianza, el daño que implica propugnar, por encima del bien común e individual que son esencia de la Seguridad Humana, el bien estatal soberano y la defensa armada de los derechos.

Gracias a lo anterior, reflexiones como la justicia transicional (Bellosos Martín), el nacionalismo energético (Esplugues Mota) o la integración política europea (Mangiameli) son una parte de los múltiples abordajes que se pueden realizar sobre Paz y Seguridad Humana, ya que incluso el estudio de personajes emblemáticos como Azorín (Pérez Duarte) o Bush y Obama (Soriano) pueden ser englobados y comparados, más allá de cierto «*conservadurismo* en la forma de abordar determinados temas» (p. 1669).

Como tema final tenemos los nueve artículos que tratan sobre la Pobreza y el Capitalismo Financiero, cuyo propósito es reflexionar sobre estos dos males que aquejan cada día con mayor fuerza a nuestro mundo actual. El capitalismo, alejado de la *economía de mercado*, tiende a la financiarización en aras de un mayor rédito, y está siendo el creador de muchos conflictos globales, siendo el principal de ellos la expansión de la pobreza y la exclusión social. El doctor emérito lo expresa bien y de forma sucinta: «La tesis que queremos mostrar aquí es que, en la gestación de esta globalización económica, que ha entrado ahora en crisis, no hay que tener en cuenta tan solo,

como es habitual, los supuestos economicistas del neoliberalismo, sino también –lo que es menos estudiado–, los planteamientos nihilistas de la postmodernidad decadente, ya que estos se encuentran también en el fondo de las propuestas de los neoliberales» (p. 1921).

En este capítulo la pobreza es vista como patología y síntoma de la crisis (Vilata): una patología que impide el pleno desarrollo humano (Pérez Adán) y que, sin embargo, se ha pretendido legitimar a lo largo de la historia en base a ciertos principios (Talavera). La visión de la crisis económica de Frank Capra (Peris Cancio), las *Poor Laws* (Fernández Orrico), y el desarrollo de las capacidades humanas (Conill, González Madriz) ofrecen perspectivas alternativas al modelo hegemónico insostenible.

Cada uno de los apartados temáticos, y sus diálogos internos, dan la idea del modo en que los autores han resuelto el dilema presentado por Platón, en el famoso mito de la *caverna*. Ante la posibilidad de ver el mundo desde una visión compleja y que siempre aspira a ser más completa, o una limitada a las sombras de la total certidumbre, parece que todos se inclinan por la primera. Es el mismo modo en que nuestro ilustre valenciano resolvió la disyuntiva entre salir al mundo o replegarse a las sombras, y que encontró sintetizado en el conocido texto evangélico: «¿Por qué no interpretáis el tiempo presente?» (Lc, 12,56).

Santiago SÁNCHEZ MORALES
Universidad Panamericana, Campus de Aguascalientes (México)

DÍAZ, Elías, *Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya*, Madrid, Trotta, 2018, 160 pp.

Semper nostra manet amicitia

El avance extraordinario de la Filosofía del Derecho en España es impensable sin la figura del profesor Elías Díaz. No es una expresión hueca o simplemente laudatoria, si se piensa en la sobresaliente producción investigadora actual en lengua castellana desde la transición política española cuando se produce el gran avance. Tras muchos años de influencia del magisterio europeo (Kelsen, fundamentalmente) sobre nuestra actividad docente e investigadora, logramos situarnos en el brillante nivel de ellos. Así fue no solo para realizar la más predominante y destacada filosofía del derecho analítica en lengua castellana sino también para efectuar aportaciones a la teoría crítica, con cuyos nexos argentinos, mexicanos e italianos Elías Díaz estuvo siempre abierto. De la lectura de este libro, queda claro que, en relación con Iberoamérica, hubo dos cabos de cuerda apropiados para trenzar el nudo marino entre las filosofías del derecho española y argentina, y que ambos fueron sujetados por Ernesto Garzón Valdés y Elías Díaz. Manuel Atienza sería el joven viajero que tensa esos cabos y hace el nudo. Si los avances no fueron posibles sin Elías Díaz, tampoco sería factible la amplitud de puntos de vista de la filosofía del derecho contemporánea española sin su apertura académica y su amplia curiosidad. Por ello, esta *Autobiografía en fragmentos*, escrita en la interpelación del también muy plural Benjamín Rivaya, tiene aire no solo de historia de vida de un muy destacado intelectual español sino también de génesis de la filosofía práctica que venimos realizando los filósofos de derecho. Al leerla, hacemos nuestra propia introspección, un ejercicio de autoanálisis de nuestra misma concepción como filósofos del derecho. Si bien el diván es paradójico, pues al leer esta autobiografía, nos habla y nos inquiere el terapeuta y el padre. Inevitablemente, la filosofía del derecho española más conservadora tuvo que modernizarse paulatinamente, salir de sus históricos traumas y complejos, pero la emergencia rápida de una filosofía del derecho homologable con la europea y la mejor latinoamericana corrió de la mano de Elías Díaz. Pensemos en su impulso inicial a la investigación de Manuel Atienza, que concluyó en su *Filosofía del derecho actual en Argentina* (1976). O valoremos los estudios que dirigió sobre Norberto Bobbio, Robert Nozick, Jürgen Habermas, Hannah Arendt o Michel Foucault, que se tradujeron en diversas publicaciones. U observemos la fructuosa alianza universitaria de filosofía del derecho, moral y política, fraguada con Javier Muguerza principalmente, aunque frustrada en un tiempo limitado. Pero, para que todo esto llegara, tuvo que darse un muy duro camino académico y político que el semblante de Elías Díaz parece reflejar en la portada de esta valiosa entrevista –el prefiere hablar más sociológica y clásicamente de «encuesta»–. Un semblante de testigo riguroso –y no carente de sentido del humor, para quienes le conocemos bien– de nuestro tiempo, de la historia contemporánea española.

Declarado poco partidario de «estar a la última» en las publicaciones, Elías Díaz reunió todos los materiales de su propio camino filosófico jurídico y político para dar con lo que él autodenomina su «realismo crítico» y mantener una curiosidad amplia. Una de las posiciones metodológicas que más descarta es la supuesta neutralidad valorativa. Ni comparte la neutralidad que

se concede un naturalismo ontológico, absorbido por valores absolutos, ni concede tregua crítica a un formalismo metodológico que pretenda distanciarse de los valores y depurar el lenguaje hasta suponerlo objetivo. Como Elías Díaz hizo de la sociología su campo de batalla –con el reconocimiento consiguiente de fuerzas, luchas, intereses, ideologías...–, no le podrá extrañar que le vincule con el más sensato punto de vista metodológico de Max Weber, tanto en su mirada para ver el mundo social como en su posición para intervenir en él. Elías Díaz no comparte el liberalismo antimarxista propio del sabio de Heidelberg (el libro refleja una posición muy matizada con el marxismo y un conocimiento riguroso de lo que la izquierda en el gobierno decidió acometer sobre este asunto clave). Sí participa, en cambio, de una «ciencia libre de valores», ajena a la neutralidad valorativa. Así es porque «estar libre de valores» supone no investigar para los intereses políticos de gobierno y explicitar cuáles son las elecciones valorativas que orientan la investigación. No admite el trágala de los datos económicos como justificación de políticas supuestamente técnicas pero de fondo ideológico. Comparte con Weber la convicción de que cuando se sale de la mera empiria (económica), se está ante la elección valorativa de los fines políticos colectivos. A lo largo de esta entrevista en profundidad, Elías Díaz va explicitando de forma clara, sugestiva y muy coherente las posiciones metodológicas y la elección de sus temas de estudios, siempre dentro de un contexto vital –personal, universitario, histórico y social–. Sus posiciones son propias de un socialismo liberal, arraigado en la Institución Libre de Enseñanza –«edad de plata» del pensamiento español–, que no adopta una forma partidista pero está cerca, como consejero y testigo de excepción, del surgimiento y gobierno del PSOE. ¿Por qué su posición puede observarse como weberiana a pesar de que Elías Díaz no padece «visceral antimarxismo»? Porque adopta una posición «regeneracionista» en España, cuando salimos del dismantelamiento social y económico y el vaciado político, propiciado por el régimen de Franco. El papel de un intelectual progresista converge con la regeneración intelectual y universitaria. Así ocurre con el equipo de trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid: conmueve el aprecio y la estima académica con que nos trata en estas páginas, no solo a la primera generación –formada por Francisco Laporta, Liborio Hierro, Virgilio Zapatero, Manuel Atienza, Alfonso Ruíz Miguel, Eusebio Fernández, Joaquín Almoguera y Ángel Zaragoza– sino también a los más recientemente incorporados. E, igualmente, su labor intelectual coincidió con el trabajo jurídico político –como asesor constitucional de primera mano de Gregorio Peces-Barba en la redacción definitiva del Título VIII y del artículo 1.1 de la Constitución de 1978–, entre otros, en este hombre que parece multiplicarse por cien. Todo sea dicho, no hay gran hombre sin detrás una gran mujer y el lector de esta entrevista tiene que tener siempre presente a Maite Villar, su mujer y experta filóloga inglesa, figura de mujer guerrera en el mascarón de proa de la nave de Elías Díaz, compañera muy valiosa de todas sus singladuras.

Quizás sea Elías Díaz el pensador jurídico político español contemporáneo más estudiado en tesis doctorales, homenajes, doctorados «honoris causa» y estudios sueltos de sus múltiples discípulos (*Doxa, Anthropos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Revista Jurídica de la UAM*, entre otros muchos centros y medios). También él ha dado cuenta de su singular itinerario intelectual por el pensamiento práctico –social, jurídico y político– tanto sistemático como histórico en diversas ocasiones (esta «encuesta» se cierra con una bibliografía de quince obras del autor mencio-

nadas en el diálogo). Elías Díaz ha desenvuelto un auténtico relato de su vida a la manera de Thomas Mann. Pero estas páginas de la *Autobiografía en fragmentos* dan cuenta de forma sintética de esta vida, auténtica novela de aprendizaje –dura y feliz– como en ninguna ocasión anterior. Como su evolución como pensador se abre paso frente al franquismo, de la mano de la mejor tradición socialista y liberal de los pasados siglos XIX y XX, el mérito de este libro es ilustrar, como nunca, nuestra procedencia como universitarios e investigadores en el vector de esta vida intelectual rica y prodigiosa en éxitos y merecidos reconocimientos. Que nadie se llame a engaño no es un deficitivo balance: Elías Díaz apunta proyectos por hacer, así escribir sobre el poliédrico Jesús Aguirre y advierte que se desmarcará del admirable Manuel Vicent. En nuestro país no es tan frecuente la conversación intelectual en forma de libro como en Francia, ni la biografía intelectual como en Inglaterra. Por eso, esta «biobibliografía» histórica es tanto más necesaria para rescatar un género que debiera prodigarse más con otros pensadores.

De tanta información como reúne esta entrevista en profundidad, el lector podrá seleccionar unos u otros pasajes y periodos por más interesantes. No le van a faltar sugerencias. A mí me han chocado mucho dos pasajes por reveladores del talante de Elías Díaz. Uno referido a la personalidad dialogante y crítica compartida con su amigo Francisco Tomás y Valiente. El «Tenemos que hablar» del gran historiador del derecho, que queda prendido al teléfono de una conversación cortada por el intransigente asesino de ETA. Un imperativo de diálogo que trasciende la coyuntura presente –creo yo un artículo poco antes publicado por D. Francisco sobre Joaquín Ruiz Giménez– para quedar como obligación moral de siempre. Ese «Tenemos que hablar» es un «mensaje a todos los ciudadanos» que requiere hacer del trabajo historiográfico y filosófico un esfuerzo por «comprender el presente» en vez de alumbrar «libros muertos». Como aquel magnífico Presidente del Tribunal Constitucional logró, Elías Díaz desarrolló todo su trabajo historiográfico y teórico como un esfuerzo por superar el dramático pasado español con una organización jurídica y política justa. Después de todo, *Autobiografía en fragmentos* cierra con un desiderátum tras repasar intensamente su aportación a la Filosofía del Derecho: «(...) todos sabemos que la vida sigue y que la filosofía (ética, política y jurídica) sigue también. Habrá que hacer lo posible (e imposible) para que ambas sean hacia «lo mejor (...)» (p. 150). Pero, ¿de dónde surge esa conciencia crítica con los conciudadanos? El siguiente pasaje sorprendente, para mí, es su dialéctica con Unamuno. Todos los que le conocemos sabemos que el diálogo con Elías Díaz es ameno pero no fácil, pues descubrirá dislates en muchos de las locuciones de su interlocutor. Su pensamiento es tesis pero, para mí, fundamentalmente, es antítesis. Prueben con una simple llamada de teléfono. Por eso, aunque el pensamiento de Elías Díaz encierra toda una propuesta ética y política fuerte, es particularmente interesante la negación y redención última de su querido y contradictorio Rector (casi perpetuo) de la Universidad de Salamanca. Tras negar el «trascendentalismo espiritualista» que todo lo impregna y su liberalismo resistente a la democracia necesaria en su época, Elías Díaz subraya que a Unamuno le faltó tiempo de vida para que su toma de conciencia histórica irrumpiera más racional y críticamente frente a los presagios terribles de la guerra. También la conciencia de Elías Díaz es histórica y parte de la niñez pasada en la guerra civil española. Siempre nos recordó sus primerísimos años bajo los bombardeos. Si Unamuno es la negación que se afirma al negarse a sí mismo en extremo, la Institución Libre de Enseñanza es, para Elías Díaz, la afirma-

ción simple y llanamente. En estas breves pero muy intensas páginas, estudia sus espléndidos orígenes y sus rápidas aportaciones para superar el erial español. Las aportaciones de sus grandes hombres fueron rápidas y generosas. E insistir en la rapidez de sus efectos no es baladí porque Joaquín Costa subrayó que, transcurrido el dramático siglo XIX, ya no quedaba tiempo para la vía educativa de un pueblo muy atrasado culturalmente y solo cabían urgentes y drásticas medidas políticas para salvarlo. La guerra fratricida vendría de nuevo –según el «león de Graus»– y todos acabaríamos, indefectiblemente, a bastonazos. A pesar de esos presagios confirmados, el prisma del krausismo acompañó la visión social de Elías Díaz siempre, incluso, en su riguroso análisis de la cultura española bajo el franquismo, más allá, también, de su ineludible dimensión ética, jurídica y política.

La biografía intelectual de Elías Díaz arraiga en la historia social y política de nuestro país. Una historia de guerras, hambre, pobreza, penuria cultural, censura y represión religiosa en su infancia, partida entre los bombardeos de la guerra (in)civil y la cotidiana presencia de los nazis de la segunda guerra mundial en Salamanca. Elías Díaz habría de sobreponerse personalmente a esta Salamanca excluyente de los «desafectos» y los «no afectos» –cargada de historia humanista pero, entonces, ciudad opresiva y oscura– como un buen estudiante brillante (1951-1956) en Salamanca, un becario provechoso del estimulante Colegio Mayor César Carlos (1958-1965) en Madrid, un investigador en formación en Italia y Alemania, y, siempre, un muy curioso lector. Y esto último es importante. Por encima de los expedientes académicos, me consta que Elías Díaz tuvo siempre especial predilección por los estudiantes leídos más que por los que obtenían matrículas. A partir de las revueltas estudiantiles de 1956, el discipulado de Joaquín Ruiz Giménez y la admiración por Enrique Tierno Galván demedian a Elías Díaz. Pero aquel estudiante era un crítico del régimen franquista, que siguió su itinerario dentro de un eje contestatario que enlaza la generación de 1956, la de 1968 y la transición y reconstrucción de nuestra democracia a partir de 1975. Si en la Universidad tuvo que batallar con el insidioso poder del ultracatólico Francisco Elías de Tejada y Espínola –«no se empeñe usted Elías, mientras esté yo, usted nunca será catedrático», le decía–, en el exterior padeció el confinamiento en Villargordo; la retirada de *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), concebida por Manuel Fraga, que paradójicamente le dio la felicidad de la popularidad; el procesamiento de su promovido número de *Sistema* dedicado a Pablo Iglesias; y un corto exilio norteamericano en el que hizo de la necesidad política virtud investigadora. Las vicisitudes universitarias en el franquismo le condujeron por un peregrinaje a Oviedo y Valencia, donde este hombre afable tuvo el calor o la amistad de Manuel Atienza, Manuel Broseta –asesinado por ETA–, Joan Fuster, Juan Antonio García Amado o el propio Gustavo Bueno. No será ocioso recordar que antes de las oposiciones de la LRU y de las acreditaciones, más pacificadas, hubo oposiciones que fueron contiendas donde también se fraguaron simpatías como la de Elías Díaz y Juan José Gil Cremades. Las trabas franquistas a un universitario podían forjar un amistoso reconocimiento como el que tuvo con Eduardo García de Enterría en la salvaguardia de los recursos administrativos. Y Elías Díaz se refiere con pesar pero también con orgullo a sus oposiciones universitarias, de donde sale, finalmente, victorioso pues supera las heridas y resulta, después de todo, ileso.

La lectura deja la sensación de unos años duros de persecución pero también de unas envidiables amistades: Enrique Múgica Herzog, Luis García

San Miguel, Jesús Aguirre, Julio González Campos, Roberto Mesa, Raúl Morodo, Jesús Ibáñez, Alfonso Ortí, Gonzalo Rodríguez Mourullo... Me consta que Elías Díaz tuvo como un especial amigo muy joven a Enrique Ruano Casanova (1947-1969) al que sacó escondido en su Seat 600 blanco de un control policial en la UCM, antes de que, días después, fuera asesinado. También estas páginas recrean una amistad transversal, de la oposición plural –cristianos y socialistas confluyendo en el liberalismo y la democracia–, frente al franquismo, bajo el paraguas protector de los *Cuadernos para el Diálogo* (1963-1978) de Don Joaquín Ruiz-Giménez. Uno de los méritos de estas entrevistas es reconstruir y esclarecer todo el entramado de relaciones personales, grupales y partidistas que posibilitó la revista como unidad variada hasta que comiencen las bifurcaciones a partir de 1969. Estas entrevistas recogen un estudio meditado de los *Diarios de una vida, I* (1967-1978) y *II* (1979-1988) de Joaquín Ruiz-Giménez (Introducción de Teresa Rodríguez de Lecea, Coordinación de Itziar Ruiz-Giménez Arrieta y Fundación Gregorio Peces-Barba, Madrid, Cortes Generales y Defensor del Pueblo, 2013, 2015, 876 y 899 pp.), que le permite a Elías Díaz, por ejemplo, apreciar las preferencias de su maestro por *Cuadernos para el Diálogo* sobre su presidencia de la Democracia Cristiana. *Cuadernos para el Diálogo* se abrió, finalizados los sesenta, a una «concordia discordes» –en expresión de Javier Muguerza– adecuada a la próxima elaboración del texto constitucional en nuestra transición política.

Las preguntas de Benjamín Rivaya dan oportunidad al autor de reflejar hasta qué grado *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966) fue la viga maestra de la variada y compleja obra de Elías Díaz. Siempre se ha distanciado del constitucionalismo y el neoconstitucionalismo por la preeminencia que conceden al poder judicial y su interpretación de la Carta Magna en detrimento del poder legislativo como sede legítima de la soberanía del pueblo. Cierto es que Elías Díaz dio prioridad a esta soberanía democrática sobre el «imperio de la ley», como le señala Francisco Laporta. Pero el Estado de Derecho, y no la Constitución, encierra, para Elías Díaz, a todas las formas de Estado (Estado social y democrático de derecho, Estado constitucional, Estado administrativo, Estado legislativo,...) y a las formas de gobierno meridianamente posibles (monarquía y república). La definición y defensa del Estado Democrático de Derecho es uno de los ejes del pensamiento de Elías Díaz. Pero en *Autobiografía en fragmentos* encontramos la intrahistoria del secuestro y del impacto que tuvo y tiene este libro (dieciséis ediciones desde 1966). Para unos, un «libro vidrioso», para otros, un regalo, incluso, de novios. Todo un clásico, que ya cumplió su cincuenta aniversario (2016). Del largo y significativo prólogo a la obra colectiva *Crítica del Derecho natural* (1966) a la edición de *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971), fue desmenuando un desmantelamiento del iusnaturalismo ontológico tradicional y una crítica del positivismo «neutral» en aras de una Filosofía del Derecho que también fuera crítica social y fundamentación histórica y racional del Estado de Derecho. A Elías Díaz le decepcionó enormemente la indiferencia científicista de Charles Perelman con los iusfilósofos que se le acercaron en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho de Madrid, para que apoyara al antifranquismo español con una firma en un manifiesto político crítico. El gran argumentador del derecho no tuvo a bien firmarle una petición a Joaquín Ruiz-Giménez en el mismo día del golpe de Estado en Chile (Septiembre de 1973). Más allá de la significativa anécdota, Elías Díaz no participó nunca de tales neutralidades científicistas. Su antiformalismo es histórico y no solo

racional. Es todo un movimiento intelectual paralelo a la negación de la *reductio ad Hitlerum*. En este giro socialmente comprometido de Elías Díaz, Kelsen, Hart, Bobbio y Treves fueron metodológicamente imprescindibles: ni neutralidad, ni acriticismo en la teoría del derecho futura. Nada sin la filosofía analítica pero todo con algunas de las corrientes críticas que le son ajenas, parece su divisa.

Con el bagaje de esta experiencia, su recuerdo fresco y su sólida formación, emprende, en esta *Autobiografía en fragmentos*, un balance y un diagnóstico de la transición, injustamente denostada, y de los nuevos retos y desafíos ante los que nos encontramos. Elías Díaz también apunta hacia el futuro pero sin echar al niño limpio con el agua sucia por el desagüe. Nos recuerda algo que lleva razón en suponer no se ha destacado suficientemente: el contexto conservador internacional en que se dio nuestra Constitución. Algunas de sus limitaciones e, incluso, deficiencias no son queridas por el constituyente sino necesarias históricamente. Se constituye en plena revolución neoconservadora y retroceso de los derechos sociales. La Constitución del 78 tiene más luces que sombras pero debe ser reformada para extender y profundizar los amenazados derechos sociales. Si no, la brecha entre nuestra Constitución y la realidad económica y social se hará insalvable. El viaje final, pero no el último que queda sin escribir, se hace en el recuerdo de la experiencia constitucional de su estrechísimo amigo Gregorio Peces-Barba. No hay recetas de navegación en esta incierta travesía pero sí una dirección ya apuntada constitucionalmente pero, aún, subrayable: Estado social (con límites a la economía capitalista), Estado laico (en vez de aconfesional) y Estado federal (decidido y no tentativo). Somos un resultado histórico y es un ignorante quien pretenda cortar con su historia con infantil deseo de novedad. Quien ignora el pasado desconoce las pluriseculares y mayúsculas cargas puestas al progreso histórico por la Iglesia, primero, al derecho de sindicación, al sufragio universal y a la libertad de expresión y de conciencia; y, ahora, al divorcio, la eutanasia, el aborto o el matrimonio entre homosexuales. También abundan los desconocedores de las dificultades constituyentes que trabaron a los intentos federalistas. Elías Díaz ha sido firme crítico del secesionismo implantado desde 2010 y 2012. No zozobra en atribuir dimensiones de golpe de Estado independentista a lo perpetrado en el Parlamento catalán. Y creo que esta firmeza marca distancias con el PSOE que me hubiera gustado leer. Así lo afirmo porque tengo mis dudas entre el diálogo –del que mi amigo Juan Antonio García Amado me previno airada y certeramente– y la confrontación con el catalanismo y me las hubiera podido aclarar. Respecto del Estado social, Elías Díaz es un partidario decidido de más Estado. No tiene ninguna «fobia del Estado», de ahí su *De la maldad estatal y la soberanía popular* (1984) como diatriba con las paradojas coincidencias de neoliberales y radicales marxistas contra el Estado como mecanismo factible de igualación económica y social. Elías Díaz es partidario de poner límites políticos a las imponderables, hasta hoy, reglas desiguales del capitalismo. Para Elías Díaz, frecuentemente, el omnipotente mercado», en vez de la política, la ética y el derecho marcan la agenda pública sin discusión posible, es decir, autoritariamente. Y no reconocerlo así no es sino «simplista ligereza». La disposición política socialista liberal o socialdemócrata de Elías Díaz es inmovible a los atropellos del capitalismo.

Pero no me pidan «neutralidad» en el repaso crítico de este libro inagotable. Juan Carlos Onetti señaló que los hechos son siempre vacíos, son como recipientes que tomarán la forma del sentimiento que los llene. Solo aspiro a

ser amigo del profesor Elías Díaz y, a esta altura de nuestras vidas, incorporarme a la primera línea de sus amistades académicas y de la calle. Esto no va a ser tarea fácil y deberé hacer muchos más méritos en el futuro. Quien no pretenda aspiración tan humana como la mía podrá luchar, levantarse del sitio de lectura, gritar, reírse, pues también hay humor, o asentir reflexivamente a tantas razones bien asentadas en este libro. La erudición y bonhomía de Benjamín Rivaya, a quien se debe esta ejemplar conversación, saben de qué hablo. Las mías, mis razones, matizaciones, aseveraciones o aspectos resaltados de este libro muy rico, solo son pascalianas «razones del corazón que la razón no comprende» con un viejo maestro y amigo. Nada más y nada menos. ¡A ver, Elías, si nos vemos pronto!

Julián SAUQUILLO

GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel, *El soft law como fuente del derecho transnacional*, Dykinson, Madrid, 2017, 236 pp.

Este libro obedece a la necesidad de estudiar el *soft law* como fuente actual del Derecho, centrándose en las dinámicas y modalidades que expresan una tendencia privatizadora. Muy pocos autores/as son los que hasta ahora han trabajado el tema desde la visión general de una fuente jurídica, por lo que es aquí donde radica su originalidad.

El contenido está ligado a una nueva concepción del Derecho que hace que sea necesaria una nueva comprensión de la idea de norma y de sujeto jurídico a partir de nuevos parámetros de estimación de los conceptos clásicos de validez, justicia y eficacia, partiendo de una interrelación entre ellos. Tal concepción se inserta en el contexto de la globalización, contexto que consagra formas de desregulación jurídica y de autorregulación, las cuales, a su vez, no se pueden comprender fuera de la idea de gobernanza.

El trabajo se divide estructuralmente en cinco capítulos agrupados en tres grandes partes. La primera se ocupa de los conceptos de fuente del Derecho y de *soft law*. El punto de partida es el marco normativo general del cual se extraen los principios y conceptos jurídicos fundamentales que permiten determinar las dinámicas y los tipos de *soft law* con la finalidad de supervisar la efectividad y eficiencia de las normas cuando son implementadas.

La segunda parte realiza una categorización de las dimensiones que se examinan en los niveles de la desregulación y la autorregulación articulándolas con atributos que recoge la norma. Dichos atributos se definen de forma delimitada y, al mismo tiempo, se intentan complementar para la organización de un sistema en red sustentado en la voluntariedad. Se abordan así las diferentes modalidades de *soft law* analizando los objetivos de cada una de ellas según su funcionalidad y las competencias que tienen.

La tercera y última parte lleva a cabo una serie de reflexiones finales sobre el empleo del *soft law*.

Desde un punto de vista metodológico, este estudio aporta una visión teórica con importantes implicaciones prácticas. Desde la Sociología del Derecho se establecen relaciones entre lo jurídico y lo social, de manera recíproca, para dejar constancia de que el Derecho como hecho social no está únicamente sometido a condicionamientos que lo presionan, sino que también propulsa, a su vez, la dinámica social. Las aportaciones que se realizan desde la dimensión histórica y sociológica resultan de gran utilidad para entender y reflexionar sobre la integración del *soft law* como nuevo modelo de fuente del Derecho que dentro del sistema existente aporta una visión transformadora. En este análisis, se dan por consabidos los aspectos generales en los que se genera el Derecho en un contexto global, para prestar especial atención al *soft law* en el Derecho internacional público, el Derecho de la Unión Europea, el comercio internacional, la responsabilidad social empresarial y la esfera contractual.

Teniendo en cuenta lo dicho, se parte de un concepto de *soft law* plural y no unívoco entre la doctrina que es objeto de numerosas polémicas en torno a considerarlo como fuente del Derecho o no. De esta manera, la doctrina tampoco se pone de acuerdo a la hora de fijar el lugar que ocupa como fuente del Derecho: unos creen que la razón de considerarlo así es la producción de efectos jurídicos relevantes al actuar como criterio interpretativo del *hard*

law; otros estiman que la causa es que conforma un principio general; y otros que es por actuar como anticipación de regulaciones futuras.

En todo caso, el *soft law* constituye, cada vez más, una opción reguladora que no encaja en la tradicional clasificación entre fuentes materiales y formales. El motivo principal de la falta de utilidad de esta diferenciación es que la juridicidad se estructura en red, de tal manera que en ella se incluyen normas y materiales jurídicos cuya fuerza vinculante es diferente y que interactúan entre sí.

Desde este punto de vista, se hace un esfuerzo para llegar a encontrar las notas más relevantes del *soft law* que le den unidad y nos posibiliten llevar a cabo una reflexión unitaria sobre él, siendo estas: 1) El diseño o implantación no depende de la potestad regulatoria de los Estados; 2) hay una participación voluntaria en la construcción, operación e incluso continuación del mismo. Los participantes son libres de adherirse al régimen o no, y de no continuar su aplicación, sin que esto implique invocar el poder sancionador de los Estados; 3) idealmente, se busca que las decisiones para actuar se tomen en consenso y como resultado de un diálogo entre diferentes actores; y 4) hay una ausencia de poder sancionatorio del Estado.

En general, no es necesario que concurren cada uno de los elementos señalados, aunque sí que resultan definitorios la inexistencia de mecanismos para su exigibilidad y la disociación de la idea de responsabilidad. Así, en sentido contrario, cuando se trate de un instrumento jurídicamente exigible y que su incumplimiento suponga una responsabilidad del sujeto infractor la norma podrá ser considerada *hard law*. El contenido del *soft law* es indeterminado, extendiéndose a los actos e instrumentos que no sean obligatorios formalmente.

En el *soft law* aparece una combinación de principios y reglas, en una relación entre género y especie. Los principios pueden ser cumplidos en distinto grado dependiendo de las posibilidades reales y de las dispuestas en el ordenamiento jurídico. En cambio, las reglas pueden ser cumplidas o no. En todo caso, la falta de obligatoriedad no supone una carencia de juridicidad, ya que constituye actos jurídicos con formas que producen efectos igualmente jurídicos.

Como se analiza en este estudio, en este contexto la forma regulatoria que mayor importancia tiene es la autorregulación, ya que nos encontramos en un espacio en el que se incluye la normativa elaborada por los afectados. Este Derecho producto de la autorregulación, que escapa a la esfera del poder estatal y de los poderes públicos, tiene cada vez mayor importancia y evidencia el pluralismo jurídico vigente, su complejidad, su carácter poliédrico, ambiguo y ambivalente.

Para comprender el verdadero alcance del *soft law* es necesario, además, analizar la relación entre el Derecho y la Economía. De esta manera se demuestra que el Derecho oficial necesita transformarse, quiere ser eficaz y dar respuestas que respeten la igualdad. Al Derecho estatal le correspondería conservar un mínimo regulatorio, lo que podría considerarse la regulación de la autorregulación. De esta manera, se tomaría en consideración la garantía de la objetividad de los intereses en competencia mediante la imposición de cautelas procedimentales en la creación normativa, y se incluiría la reserva del Estado cuando existan problemas en los mecanismos de control y garantía dentro del procedimiento.

A ello hay que añadir que en el *soft law* la autoridad se manifiesta en que se trata de normas elaboradas por fuentes independientes y expertas. Dicha

flexibilidad está vinculada a la adaptabilidad del Derecho, y a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada.

Teniendo en cuenta las cuestiones señaladas, se analizan las modalidades de *soft law* considerando los objetivos de cada una de ellas según la funcionalidad que llevan a cabo y de forma adecuada a sus competencias. Así, se estudian el *soft law* en los ámbitos del Derecho internacional público, de la Unión europea, la nueva *lex mercatoria*, la normativa vinculada a la responsabilidad social empresarial y las nuevas formas de los contratos.

Más específicamente, habría que decir que el *soft law* está estrechamente vinculado a la gobernanza en el ámbito del Derecho internacional público, centrado en la reforma del sector público la cual asume principios de organización y *management* propios de la esfera privada. Esto se traduce en que los flujos de control y orden surgen en los sistemas y en el devenir de unos sistemas a otros, teniendo en cuenta que hay un gran número de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales actuando en forma de actores.

Las funciones del *soft law* se agrupan dentro del Derecho internacional como una especie de avance del *hard law*, como una alternativa, como un complemento y como un parámetro interpretativo. Así se puede distinguir entre las reglas jurídicas que se inclinan hacia el *law* y aquellas no jurídicas que lo hacen hacia el *soft* de tal forma que se articula una zona intermedia entre la norma de carácter vinculante y aquella que carece de trascendencia jurídica. La doctrina se muestra dividida entre quienes consideran que el *soft law* puede quedar incluido dentro de los compromisos políticos pero con un significado fuera de la dimensión jurídica; quienes entienden que tiene una plena eficacia jurídica por la cooperación entre las partes del acuerdo; y una tercera postura que precisamente situaría el *soft law* entre las dos anteriores, al entender que las partes han cooperado sin ajustarse exclusivamente a la negociación política, para obtener un pacto por el que no se quiere obligar de igual manera que si se hubiera optado por un tratado internacional tradicional.

En el plano del *soft law* de la Unión Europea, nos tenemos que centrar en los ámbitos competenciales en los que la Unión actúa con menor autoridad, como son los supuestos de la política económica, laboral, cultural o educativa. Además de las instituciones que precisan de más legitimidad y participación de la esfera privada, caso de la política de competencia que necesita de comunicación permanente entre la Comisión, los Estados y las empresas que poseen una dimensión europea. Todo ello nos remite a la esfera de la supranacionalidad. Dentro de este espacio de supranacionalidad que representa la Unión Europea, se han creado instrumentos de *soft law*, como evidencia este estudio, en el diseño de mecanismo de cooperación y coordinación desde las Administraciones territoriales de los Estados hasta la formación de la voluntad de la Unión. De esta manera, los Estados pueden asegurarse una actuación armonizadora que contribuya en la formación de instrumentos normativos europeos.

En cuanto al comercio internacional, hablamos de la nueva *lex mercatoria* representante de la parte del Derecho económico global que actúa en la periferia del sistema jurídico en acoplamiento estructural directo con las empresas y las transacciones económicas globales, gozando de una dimensión que se sitúa en la transnacionalidad. En este plano, divisamos una relación calificada de circular cerrada entre el contrato y el arbitraje, ya que, además de las reglas sustantivas, en dichos contratos se incorporan prescripciones que permiten la solución de los potenciales conflictos que surjan a

través de un tribunal arbitral. Entre las distintas posibilidades de interpretación existe una que reviste especial interés dentro del ámbito de análisis de este trabajo, aquella que permite considerar al árbitro como un órgano del orden jurídico transnacional creado por la sociedad internacional de comerciantes espontáneamente.

De otro lado, las empresas multinacionales y transnacionales son uno de los sujetos protagonistas de la globalización, siendo la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) uno de los elementos esenciales dentro de su ámbito de acción. Dentro de este campo, cabe reseñar la asimetría que se ha producido entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional del trabajo, principalmente en lo que respecta a la regulación de las empresas transnacionales y, en concreto, en la vertiente del Derecho internacional del comercio.

Es reseñable, en relación al ámbito concreto de los derechos humanos, que aunque la RSE ha aportado importantes beneficios para la garantía de los mismos en el contexto empresarial, aún siguen existiendo diferentes cuestiones pendientes de revisión. Así, por ejemplo, existen dificultades a la hora de desarrollar sistemas de control normativo que sean capaces de someter a las empresas multinacionales y transnacionales al impero de la ley. Además, es patente la contradicción entre las acciones empresariales en el marco de la RSE y la situación de los derechos humanos, los aspectos medioambientales y los laborales.

En último lugar, se observa el nacimiento de nuevos contratos relacionales que se caracterizan por conformar redes contractuales, apreciándose que las relaciones que nacen de ellos conectan con un tercero que es poseedor de intereses, estando relacionados con el objeto del contrato. Su naturaleza es entrecruzada y su duración es considerable, a lo que se une el hecho de que los beneficios y cargas tienen una fuerza vinculante limitada. A estos cabe agregar los contratos reflexivos, los cuales se enfocan principalmente a la perspectiva sistémica y son parte del Derecho reflexivo.

Dicho Derecho reflexivo incorpora la idea de una intervención mínima y sustancial en las áreas reguladas a través de normas procedimentales. Como muestra este trabajo, el paradigma procedimental persigue una reflexión sobre la justificación y la aplicación del Derecho junto con la evidencia de cómo las estructuras jurídicas en su relación con las de carácter social definen el ordenamiento jurídico. Con todo ello no se pretende más que conseguir capacitar para que los sujetos puedan optar por la autorregulación en sus asuntos. Así, frente al Derecho formal o material encontramos el Derecho reflexivo, de igual manera que frente al aumento o la disminución del Derecho hay un Derecho con otros contenidos.

Las funciones del *soft law*, como se presenta en este estudio, pueden analizarse desde distintos planos. En primer lugar, el prelegislativo, que permite elaborar una legislación futura que tenga mayor fundamento y canalice un consenso que derive en la producción normativa. En segundo lugar, en el poslegislativo, partiendo de la legislación ya existente desde la cual el *soft law* realiza una función interpretativa y complementaria. Por último, en el paralegislativo, de tal forma que se actualiza cuando no hay norma, y si la hay sirve en todo caso como una alternativa.

En resumen, como se puede apreciar fácilmente, este trabajo mantiene la idea de que el Derecho debe enfocarse desde un punto de vista transformacional acompasado con la realidad, sin olvidar la funcionalidad prestada por el Derecho estatal que debe conservarse. Desde este punto de vista, se apre-

cia que el empleo del *soft law* sigue la línea de potenciar el pragmatismo del Derecho, y genera nuevos modos de cooperación, participación e integración con distintos sujetos, intereses y niveles de regulación. Sin embargo, se pone en evidencia que un uso abusivo del *soft law* puede ser perjudicial para las partes más desaventajadas de la sociedad, produciéndose un déficit en la participación y representación. Además de que puede llegar a constituirse en una excusa para que los poderes públicos no actúen.

Finalmente, en relación con la proyección del libro, su principal interés reside en el potencial que encierra para comprender la temática del Derecho y las normas jurídicas que lo componen; para identificar las carencias y las oportunidades con el fin de superarlas y aprovecharlas en el medio y largo plazo; y para establecer prioridades entre los diversos actores dentro de los posibles escenarios implicados.

Ángeles SOLANES CORELLA
Universitat de València

LLANO ALONSO, Fernando H., *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, 201 pp.

Según W. Twinning hay tres razones básicas que justifican el examen por menorizado de la obra de un filósofo del pasado. En primer lugar, que dicho pensado sea una figura significativa de la historia de las ideas. En segundo lugar, que dicho filósofo ejerciera una influencia relevante en los acontecimientos históricos de la época en la que vivió. Y por último, que su obra, las ideas que allí se expresan, sean significativas para el presente, de forma que ellas puedan ser objeto de un diálogo constructivo.

Las tres razones mencionadas justifican la elección de Fernando Llano plasmada en estudiar a Marco Tulio Cicerón, pues no cabe duda de que es una de las figuras más relevantes de la historia de la filosofía, y en concreto de la ética, la filosofía política y la reflexión iusfilosófica. Por otro lado, su impacto en los acontecimientos políticos de la Roma republicana son bien conocidos pasando a ser uno de los filósofos que con más coherencia ha defendido sus ideas a contracorriente de los vaivenes políticos. Y por último, su pensamiento es significativo para discutir con él temas que son de acuciante interés para la teoría ética, política y filosófica-jurídica contemporánea.

Precisamente Fernando Llano persigue mostrar esa relevancia del legado doctrinal de Cicerón a lo largo de la historia, no solo en la Roma clásica –en el final de la República–, sino también en otros momentos históricos como es el republicanismo humanista italiano –del «Trecento» al «Cinquecento»–, así como en las islas británicas, en el período que se comprende entre la «English Civil War» y la «Glorious Revolution». Pero la pretensión de subrayar la influencia del pensamiento ciceroniano en la historia no acaba aquí, sino que se extiende hasta la actualidad tratando de poner de manifiesto su impacto en el humanismo cosmopolita contemporáneo.

El análisis de esta influencia ciceroniana está transitado principalmente por el énfasis en la estructura tridimensional de su doctrina iusfilosófica: desde una posición jurídica, el iusnaturalismo ecléctico; en cuanto a su ideología política, el republicanismo; y desde el punto de vista ético, el humanismo cosmopolita. No obstante, el autor insiste a lo largo de su estudio que tales perspectivas se entrecruzan e incluso se solapan en su pensamiento, formando por ello una unidad casi inescindible.

En este sentido, el primer gran apartado de libro aborda su concepción iusfilosófica, partiendo para ello de su formación como filósofo, orador y jurista, abordando como fundamento de su pensamiento la raíz estoica y en particular la referencia a la *recta ratio* inserta en la naturaleza humana. El Derecho Natural se constituye entonces como el pilar sobre el que se levanta su visión del Derecho. Otro punto al que dedica especial atención en este apartado es a la idea de *iusiustitia*, que aunque en principio tiene una eminente dimensión moral –es una de las cuatro virtudes cardinales–, se erige como el fundamento de la aplicación práctica –equidad, buena fe– que es el *ius naturae*, tanto en su extensión en forma de *ius civile* como de *ius gentium*.

El segundo gran capítulo del libro se subdivide en dos apartados claramente caracterizados. El primero aborda el pensamiento republicano de Cicerón, en particular, su concepción del patriotismo republicano y la idea de libertad; mientras que el segundo versa sobre la recepción de su legado polí-

tico-jurídico en Italia e Inglaterra. Respecto al primer punto, Fernando Llano se esmera en señalar cuál es su presupuesto básico: una sociedad justa es aquella que se constituye conforme al Derecho, por lo que la clave de su construcción política es la idea de Estado de Derecho. Por otro lado, el autor, como es recurrente en todo su análisis, procura enlazar su pensamiento político con el pensamiento clásico griego, siendo en este punto sus referentes Platón y Aristóteles, en el sentido de preferir un modelo mixto en el que se combinan equilibradamente –y siempre bajo la autoridad del Derecho– la monarquía, la aristocracia y la democracia.

Al igual que en su pensamiento jurídico la idea de *iustitia* era clave, en su visión política el centro lo ocupa la noción de *libertas*, la cual se vincula en el imaginario de los romanos «al origen de la república y... se opone a la situación de servidumbre vivida por los ancestros bajo el *regnum* monárquico». El rasgo que caracteriza a la *libertas* y la hace valiosa es su conexión con la ley, esto es, con el Estado de Derecho, y de ahí proviene una de las más famosas frases ciceronianas: «Para ser libres debemos ser siervos de la ley» (discurso *Pro Cluentio*).

El último apartado del libro aborda la ética ciceroniana a la que caracteriza con dos rasgos principales: el humanismo y el cosmopolitismo. En esta sección, Llano intenta dar cuenta del tránsito personal de Cicerón, de una vida pública activa en la que expresaba su concepción filosófica-política a una vida privada más introspectiva, madura y retirada, caracterizada por su preocupación por la reflexión moral en la que desempeñaron un papel crucial algunos acontecimientos vitales como el fallecimiento de su hija y la propia decadencia de la República. Como señala Llano, en esta etapa Cicerón trata de combinar «republicanismo e iusnaturalismo en una suerte de humanismo universal en el que la acción racionalizadora de Roma comienza a expandirse al resto del mundo a través del *ius gentium* y de la universalización de la *humanitas*» (p. 12). En esta construcción ética, la idea correlativa a la *iustitia* y la *libertas* es la *dignitas*, con la que pretende subrayar que el individuo ocupa un puesto preeminente en la ética debido a la condición racional y de fraternidad del género humano. Como en los otros dos apartados, el jurídico y el político, Cicerón es una figura clave de la historia del pensamiento ético en virtud principalmente del desarrollo de su doctrina iusnaturalista racionalista, la cual puede ser categorizada como precedente de la moderna teoría de los derechos humanos.

En un momento histórico en el que la filosofía del derecho está absorbida por los problemas del presente –y como señala el prologuista, el romanista Alfonso Castro, amenazada por un acercamiento «periodístico» a los temas– y, a su vez, por el inacabable desmenuzamiento de aquellos, el libro aquí analizado se aparta de esos dos acercamientos para postular un análisis histórico y a la vez holístico del pensamiento ciceroniano. Respecto a la tendencia actual por una reflexión principalmente sincrónica, que haya teóricos que dirijan su mirada al pasado para contextualizar nuestras concepciones iusfilosóficas en una tradición es digno de ser apreciado, en especial, por el espectacular despliegue de conocimiento de la época histórica estudiada. Pero el libro de Fernando Llano no solo reúne en este sentido los valores de la reflexión jurídica en el tiempo pretérito, sino también en el momento histórico actual pues su objetivo no es petrificar a Cicerón en su contexto temporal, sino traerlo al presente y discutir con él los principales temas del debate iusfilosófico, político y ético.

Respecto al segundo rasgo del acercamiento de F. Llano, la característica que sobresale es la de ofrecer una visión sistemática del pensamiento iusfilosófico ciceroniano asumiendo el reto de no caer en una exposición vaporosa y deslavazada de la cuantiosa obra ciceroniana. Más bien al contrario, Llano logra aunar armoniosamente el relato tridimensional de Cicerón en lo que concierne a su preocupación iusfilosófica, política y ética a través de los tres valores centrales de cada uno de esos ámbitos, pudiendo incluso haber optado por titular el libro como «*Iustitia, libertas y dignitas*: el pensamiento iusfilosófico de Cicerón». Este es, en mi opinión, el principal mérito de Fernando Llano, identificar y exponer sistemática y armónicamente esos tres valores sobre los que Cicerón construye su pensamiento iusfilosófico y actualizarlo en las discusiones iusfilosóficas contemporáneas.

Como se indicaba al comienzo, si Cicerón es un autor clásico es porque todavía podemos dialogar con él desde el presente. Esta misma idea de «clásico» aparece en una de las caracterizaciones de Italo Calvino, para quien «Es clásico lo que persiste como ruido de fondo incluso allí donde la actualidad más incompatible se impone». Que esto es así respecto del autor romano queda demostrado por la vitalidad de su pensamiento objeto de continua discusión y revisión en la actualidad. Baste como muestra de ello la opinión de Martha Nussbaum, quien señala que *De officiis* es uno de los libros más influyentes en la tradición filosófica occidental; opinión que comparte Fernando Llano respecto de su entero pensamiento en el último párrafo de su libro, y a bien que logra hacerlo patente al lector: «Han transcurrido 2060 años desde que la voz de Cicerón fuera silenciada abruptamente por los enemigos de la república romana y de los valores inmateriales que ésta encarnaba, sin embargo, lejos de haber sido borrado su legado intelectual por el transcurso de los siglos, la palabra y los escritos dejados por nuestro autor a la posteridad mantendrán permanentemente viva la llama del testimonio cívico de Cicerón en favor del gobierno de la ley y de la razón» (p. 166).

José Luis PÉREZ TRIVIÑO
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España)

PEÑA FREIRE Antonio Manuel, *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018, 260 pp.

Han transcurrido apenas dos años desde que el profesor García Amado pusiera a disposición del lector español el estudio llevado a cabo, treinta años atrás, por Bernd Rüthers, sobre la teoría jurídica y el papel de los juristas en el Tercer Reich (*Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, Madrid, 2016). No siendo éste el dato que motiva la presente información bibliográfica y doctrinal, referida al reciente trabajo del profesor Antonio Peña Freire (*Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018), sí puede servirnos de referencia para calibrar en su justa medida y contextualizar adecuadamente la importancia doctrinal, el interés académico y la más que notable oportunidad del riguroso trabajo del profesor de Granada. En 1987, en el *Prefacio* a la primera edición de su obra, Rüthers, tras constatar, con indisimulada preocupación, que la degeneración del Derecho en instrumento de terror «no se ha dado solo en el nacional-socialismo, sino que se ha visto confirmada en numerosos y similares sistemas totalitarios del pasado y del presente» (p. 46), lanzaba una sugerente incitación al necesario compromiso académico con la ciencia jurídica: «Los conocimientos y experiencias que para la tarea práctica de los juristas del futuro en un Estado constitucional liberal se pueden obtener de la historia del derecho y de la ciencia jurídica del nacionalsocialismo solo muy limitadamente han sido sacados a la luz hasta ahora y apenas han hallado acomodo en la literatura sobre la enseñanza universitaria. Ahí, —concluía el juez y catedrático de Konstanz— queda mucho por hacer» (p. 47).

El excelente trabajo que nos ofrece el profesor Peña Freire, sin ser el único entre nosotros, es sin duda uno de los que con más rigor, extensión y profundidad analítica ha encarado la propuesta del alemán. El autor, abiertamente instalado en la convicción del valor moral y civilizatorio del *Derecho*, incluso cuando es entendido como *legalidad*, sitúa la cuestión en el que históricamente ha sido, y en no poca medida sigue siendo, epicentro de la filosofía del Derecho y, más específicamente, del pensamiento y la ciencia jurídica contemporáneos. Es de agradecer, por cierto, la claridad con la que el autor advierte de su personal ubicación en el panorama del pensamiento filosófico-jurídico: la defensa de la idea del Derecho y la legalidad como un bien moral y político, una idea de raíz netamente kelseniana y alejada, por cierto, de lo que el propio Kelsen denominaba «la terca oposición de aquellos que, menospreciando las fronteras entre ciencia y política... creen poder establecer el derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo» (*Teoría Pura del Derecho, Prólogo a la segunda edición*, p. 14). Quiere decirse, y así lo advierte expresamente nuestro autor, que, en consonancia implícita con la idea kelseniana del *valor jurídico* como *valor moral relativo* (*Teoría Pura del Derecho*, pp. 76 y ss.), la valoración moral positiva del Derecho ni asume ni presume concretos contenidos morales de la legalidad ni, mucho menos, conduce a la defensa de ninguna forma de asociación entre Derecho y justicia.

En cualquier caso, la cuestión central del ensayo que comentamos, se resume en un claro propósito: más allá de las responsabilidades imputables a los distintos operadores jurídicos en cada circunstancia histórica concreta, la idea del Derecho y la propia legalidad merecen, a juicio del autor, ser defen-

didados «ante su propio Tribunal de Nüremberg», porque «bien entendidos, no son ninguna herramienta particularmente apropiada para la programación y ejecución de matanzas y exterminios», y porque «Auschwitz no es el paradigma de un espacio pleno de derecho ni jurídicamente constituido, sino la antítesis misma de la legalidad y de lo que un orden jurídico representa» (Peña Freire, p. 27, énfasis nuestros). A nadie se le oculta que, pese a la aparente concreción y especificidad de la propuesta, nos encontramos ante los temas centrales de una teoría general del Derecho, temas que, directa o referencialmente, constituyen y delimitan el contenido principal de Legalidad y orden jurídico, como veremos. En cualquier caso, quizá merezca la pena advertir que el correcto entendimiento del Derecho y la legalidad, la gradualidad del territorio de lo jurídico y el orden jurídico como representación son, en sí mismas, acotaciones conceptuales que, pese al riguroso y meritorio esfuerzo desplegado por el autor a lo largo de su trabajo, dan idea de la complejidad de la tarea emprendida y, muy probablemente, habrán de ser objeto de ulteriores precisiones y quién sabe si de saludables controversias doctrinales.

El eje vertebrador del trabajo de Peña Freire es, sin duda, el debate entre H. L. A. Hart y L. L. Fuller, una de las versiones más llamativas y cercanas en el tiempo de la vieja confrontación entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en el entendimiento de que las fronteras de la antigua polémica son cada día menos rígidas, menos canónicas y, desde luego, más permeables. Se trata de una opción del autor, entre otras posibles, que goza de plena legitimidad, indiscutible aptitud para la argumentación de fondo, sobre el Derecho en el marco del nacionalsocialismo nazi y ante la que no cabe, por tanto, hacer cuestión. En todo caso, al margen de la mayor o menor relevancia de Fuller en el acervo de la filosofía jurídica española, a nuestro entender, en el haber del profesor granadino debe anotarse una de las exposiciones más completas de las disponibles en la literatura filosófico-jurídica española sobre el pensamiento del jurista norteamericano.

Reconociendo el éxito de Hart en el debate con Fuller, nuestro autor censura explícitamente su manera de conducirse en el mismo, su superficialidad argumental, su utilización instrumental y su tono veladamente despectivo para con el jurista norteamericano. Analiza también las carencias de su referente, Fuller, tanto en lo atinente a su concepción del binomio legalidad/orden jurídico como en lo relativo a la cuestión medular de *la moral interna de la legalidad* o, como prefiere Antonio Peña Freire, *la dimensión moral de la legalidad*. Y, a partir de aquí, el autor sustancia, en dos amplios capítulos, con una sólida fundamentación y una sistemática impecable, una sugerente teorización del orden jurídico como conjunto de relaciones de legalidad (*Orden social, legalidad y orden jurídico*, cap. 3) y la mencionada cuestión neurálgica de la moralidad de la legalidad y de los órdenes jurídicos (*La dimensión moral de la legalidad y de los órdenes jurídicos*, cap. 4). Se trata del contenido troncal del trabajo contenido en el ensayo que presentamos y que, obviamente, no puede ser objeto aquí de una exposición más amplia y detallada. No obstante, quizá quepa añadir que estamos ante una sugerente reformulación de viejas aspiraciones, en lo que al pensamiento jurídico se refiere, y en el comienzo de un camino que nos pueda aportar confianza y esperanza en la capacidad del Derecho y de la ciencia jurídica para garantizar una protección eficaz frente a cualquier tentación totalitaria y, desde luego, exterminadora.

El profesor Peña Freire ha dejado abiertas numerosas vías para avanzar en el desarrollo y despliegue del pensamiento de Fuller. En esa dirección, no nos resistimos a dejar aquí constancia de dos cuestiones puntuales, merecedoras de atención: la dimensión moral de la legalidad no es ajena, en modo alguno, a las últimas formulaciones del iuspositivismo, específicamente en Hart, y la proximidad de Fuller con las tesis habermasianas de la moralidad procedimental. Después de todo, el Derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de principios remiten el uno a la otra. «La legalidad [tiene escrito Habermas], solo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales».

El trabajo de Antonio Peña se completa con un capítulo encaminado a certificar, con fundamento en la referida reconstrucción conceptual de la idea de legalidad y su dimensión moral, la incompatibilidad entre el Derecho y las prácticas exterminadoras, negando a toda práctica exterminadora la naturaleza de *injusto jurídico* (*La difícil relación de la legalidad y el exterminio*, cap. 5). Más concretamente, en perfecta congruencia con lo anunciado, quizá sin excesiva precisión, en su introducción al tema, nuestro autor abrochará con contundencia la conclusión de que el Holocausto es una práctica exterminadora, incompatible con la legalidad por ser precisamente exterminadora, totalizante y universal. Sin abandonar la permanente compañía de Fuller, concluirá que «la definición de los órdenes jurídicos como órdenes de legalidad y la de la legalidad como una relación en la que se gobierna el comportamiento de un individuo evidencian que derecho y exterminio son conceptualmente incompatibles... Conceptualmente un exterminio legal es imposible» (p. 222).

El último capítulo de Legalidad y orden jurídico, dedicado a cuestionar las tesis del iuspositivismo sobre el carácter instrumental del derecho y su neutralidad moral (*El análisis iuspositivista de la moralidad de la legalidad*, cap. 6) quizá adolece de una cierta desproporción entre objeto y tratamiento, razón por la que, a nuestro modesto entender, merecería un análisis más extenso. Quizá pueda resultar intelectualmente excitante y provocador. Si, como reconoce Antonio Peña, Hart ganó el debate con Fuller, no parece consistente ni congruente asignar al iuspositivismo una imputación tan severa y un pliego de cargos tan contundente. Como hemos dejado dicho aquí mismo, las fronteras de la polémica son cada día más difusas.

Adolf Eichmann, el oficial de las SS sometido a juicio en Jerusalén en 1961, invocó reiteradamente a lo largo del juicio la generalizada convicción de que, en el Tercer Reich, «las palabras del Führer tenían fuerza de ley». Y recurrir a «la inequívoca voz de la conciencia» o «al general sentimiento de humanidad» para dilucidar las cuestiones de legalidad o ilegalidad de una norma, como señalara Hannah Arendt, «no solo constituye una petición de principio, sino que significa rehusar conscientemente a enfrentarse con el más básico fenómeno moral, jurídico y político de nuestro siglo» (p. 90). El trabajo de Antonio Peña, negándole valor a la supuesta «convicción generalizada» esgrimida por Eichmann y evitando incurrir en la «petición de principio» denunciada por Hannah Arendt, se ha enfrentado, en su condición de teórico del derecho, con rigor y seriedad intelectual, al fenómeno más importante y dramático del siglo pasado, desde el punto de vista moral, jurídico y político. De ahí que quizá no sea del todo ocioso anotar, a propósito del meri-

torio esfuerzo del profesor Peña Freire, una cuestión que desborda, ciertamente, su trabajo pero que resulta de indudable interés para la filosofía práctica de nuestro tiempo: ¿cómo atajar lo que K. Jaspers denominó «el genocidio del futuro»? Dicho de otra manera: supuesto el dato generalmente aceptado de que el valor de los Juicios de Nüremberg contra la barbarie nazi, y de los que les siguieron, no alcanzó nunca a dar respuesta a la «siniestra e inquietante posibilidad» de que en el futuro se cometan otros delitos de la misma naturaleza, vistas las limitaciones e inadecuación de los ordenamientos estatales para atajar fenómenos de exterminio y ampliamente constatada la negación de una jurisdicción internacional, ¿Dónde hemos de situar nuestro grado de confianza en el Derecho? ¿Qué podemos esperar de los progresos de la ciencia del Derecho?

Permitaseme concluir esta breve nota bibliográfica con una pequeña extravagancia. Un día del invierno de 1983, concretamente el 21 de febrero, en la ciudad alpina de Altenberg, muy cerca de Viena, al calor de una chimenea y ante las cámaras de la televisión, dos amigos de infancia ya octogenarios, con trayectorias vitales divergentes y adscritos a universos intelectuales diferentes, hacen balance de sus respectivas biografías intelectuales, certificando la notable convergencia entre el pensamiento científico y el filosófico aunque discrepando en una cuestión trascendental: las expectativas de futuro para la especie humana.

–Hemos de ser conscientes –viene a concluir el científico– de los peligros y los riesgos de la involución y la regresión humana, el camino del hombre puede ser ascendente pero también puede ser descendente. «La posibilidad de evolución superior, de evolución hacia unos niveles desconocidos, que no han existido hasta ahora, está tan abierta como la de que la humanidad se convierta en una sociedad de termitas de la peor ralea».

–¡No hay motivo en absoluto para el pesimismo, el mayor peligro de nuestro tiempo! –replica el filósofo–. Vivimos en el mejor mundo que jamás ha existido, aunque «naturalmente que es un mundo malo, porque hay otro mejor y porque la vida nos incita a buscar mejores mundos».

Discrepancias aparte, los dos ancianos, Karl Popper y Konrad Lorenz, nacidos apenas iniciado el siglo xx, que habían vivido, cada uno a su manera, la dura experiencia del nacionalsocialismo –en el clima del *Círculo de Viena* y el exilio el primero y como afiliado y posterior apóstata del partido nazi el segundo–, acabaron por convenir, cuando el siglo se encaminaba a su fin, que «*nada ha existido ya y todo es posible*» porque «*el porvenir está abierto*». Quizá sea ésta la conclusión científico-filosófica que puede validar cabalmente, en última instancia, una reflexión sobre el Derecho como la planteada por el profesor Antonio Peña Freire en su trabajo sobre Legalidad y orden jurídico, un trabajo llamado a provocar y estimular nuevas aportaciones a un debate necesario.

Ana M.^a JARA GÓMEZ
Universidad de Granada

ROGEL VIDE, C., *Personas, animales y derechos*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus, Madrid, 2018, 112 pp.

La concepción social de los animales ha sufrido una transformación en las sociedades occidentales, en las que la preocupación por su bienestar se encuentra ampliamente extendida en la actualidad. Tanto es así, que el bienestar animal ha llegado incluso a ser definido como un objetivo público en diferentes Estados, que lo han elevado al rango de valor constitucionalmente protegido¹. Del mismo modo, en 2009 fue incorporado al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo artículo 13 señala que el bienestar animal constituye una exigencia que debe ser tenida plenamente en cuenta por la Unión y los Estados miembros. Si bien es cierto que esta preocupación ha existido en algunos pensadores desde antiguo en diferentes civilizaciones (como es el caso del poeta y filósofo sirio medieval Abul 'Ala Al-Ma'arri), debemos entender que experimenta un incremento notable hacia mediados del siglo XX en los países en los que se desarrolla una economía posindustrial. En ellos tiene lugar un auge de los que Ronald Inglehart denomina valores posmaterialistas, categoría a la que es posible reconducir el bienestar animal, ya que se refiere a aquellos valores que trascienden la demanda de seguridad en el acceso a los medios materiales de reproducción de la vida que caracterizan a las sociedades anteriores.

Existe por tanto un consenso, plasmado en diferentes textos constitucionales y supranacionales, en torno a la idea de que el Derecho debe proteger a los animales, sin embargo, cuál sea la intensidad de dicha protección y el instrumento jurídico al que se deba recurrir para este fin es lo que constituye el núcleo de la disputa entre aquellos que pretenden desafiar la concepción social tradicional que tenemos de los animales y aquellos que se oponen a un cambio radical de estas características. En este sentido, diferentes filósofos morales del ámbito de lo que se ha denominado la ética animal abogan por su plena consideración moral y jurídica, es decir, señalan que los intereses de los animales (humanos y no humanos) deben ser tenidos en cuenta por la moral y el derecho con independencia de la especie a la que pertenezca su titular, ya que sostienen que no resulta posible justificar racionalmente el especismo, es decir, la discriminación de aquellos individuos que no pertenecen a una determinada especie. Por tanto, defienden desde diferentes teorías éticas, el reconocimiento de derechos subjetivos a los animales no humanos para proteger en plano de igualdad aquellos intereses que, con carácter general, seres humanos y animales compartimos: conservar la vida y no sufrir.

En este contexto se inscribe el estudio del Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, Carlos Rogel Vide, que se propone reflexionar desde una perspectiva estrictamente jurídica sobre si resulta oportuno conceder a los animales la condición de titulares de derechos para protegerlos.

¹ Este es el caso de la Constitución de Alemania, que tras la reforma operada en mayo de 2002 recoge en su art. 20.a, que «El Estado protegerá, (...) [a] los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial» y de la Constitución de Luxemburgo, que tras la reforma de 29 de marzo de 2007 establece en su artículo 11 bis que «El Estado (...) promoverá la protección y el bienestar de los animales».

El estudio se inicia con un análisis del significado históricamente decantado de la categoría jurídica de la persona. El autor expone que «persona», que etimológicamente hace referencia a la máscara utilizada por los actores en el teatro clásico para caracterizarse, es, en un sentido técnico-jurídico, una categoría jurídico-formal que se refiere a aquel que es titular de derechos subjetivos (patrimoniales y/o extrapatrimoniales) y de obligaciones. En relación con esta definición de la persona, Rogel Vide adopta la concepción de los derechos subjetivos utilizada por Federico de Castro, que los definió como poderes jurídicos «constituidos por un haz o conjunto unitario de facultades cuyo ejercicio y defensa se encomienda al titular de los mismos, en beneficio de este».

Sobre esta concepción de la persona y los derechos subjetivos se construye en el epígrafe IV la tesis de que los animales no pueden ser personas en un sentido jurídico-técnico, lo cual argumenta el autor en un doble sentido. En primer lugar, sostiene que los animales no humanos «no pueden soportar cargas y deberes debido a que no pueden ser conscientes de ellos»², lo cual supone la imposibilidad de que sean titulares de derechos, puesto que dicha titularidad se reserva a las personas en sentido jurídico, categoría que solo se puede aplicar a aquellas entidades que satisfagan la condición necesaria (pero no suficiente) de ser titulares de obligaciones. En segundo lugar, sostiene que los animales no pueden ser titulares de derechos dado que carecen de aptitud para ejercitar y defender por sí mismos las facultades en que éstos consisten de acuerdo con la concepción de los mismos que se adopta.

En primer lugar, la tesis de que tener aptitud para ser titular de obligaciones constituye una condición necesaria para ser titular de derechos subjetivos se opone a la idea ampliamente extendida en el ámbito jurídico y metajurídico de que los seres humanos de corta edad y las personas que presentan diversidad funcional intelectual deben ser titulares de derechos subjetivos a pesar de que, al igual que se apuntó respecto de los animales no humanos, no puedan soportar cargas y deberes debido a que no pueden ser conscientes de ellos. Este argumento, denominado por Rogel Vide y otros «argumento de los casos marginales» lo que demuestra es que no es posible trazar una distinción que permita otorgar la titularidad de derechos subjetivos a todos los seres humanos e impida que se les otorguen a los animales mediante el criterio de la aptitud para ser titular de obligaciones. Por tanto, no se trataría, como señala el autor, de una mera referencia a casos marginales que «son solo excepciones que confirman la regla», sino de un argumento que pone de manifiesto las consecuencias del todo inaceptables que se siguen del argumento que pretende fundamentar la exclusión de los animales del ámbito de la titularidad de los derechos en la necesidad de que todo sujeto de Derecho tenga aptitud para ser titular de obligaciones. Pero, además, este argumento, también denominado de la superposición de especies, según señala Óscar Horta, «nos invita a cuestionarnos si los criterios en los que se basan los argumentos en defensa del antropocentrismo son moralmente relevantes. Y, en consecuencia, si concluimos que no lo son, a reflexionar sobre qué tipo de criterio [...] sería más apropiado asumir»³. En este sentido, se trata de anali-

² Pp. 72-73.

³ HORTA, O., *Un desafío para la bioética: la cuestión del especismo*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 135-136.

zar si los criterios que privan de plena consideración jurídica a los animales no humanos se encuentran justificados.

En segundo lugar, cabe destacar que no existe ningún obstáculo para que un tercero ejercite las acciones resultantes de los derechos de un animal en virtud de la institución jurídica de la representación. Sucede además, que la concepción de derechos subjetivos adoptada constituye una reducción de las dos concepciones tradicionales sobre los mismos (intereses jurídicamente protegidos y manifestaciones de voluntad) que parece mantener uno de los principales problemas que se le imputan a la teoría de la voluntad, ya que no permite considerar titular de derechos subjetivos a quien no pueda defenderlos por sí mismo. En esta cuestión, debemos traer a colación de nuevo el argumento de la superposición de especies, ya que la adopción de dicha concepción de los derechos supone que muchos de los que hoy consideramos, sin vacilación, titulares de los mismos, dejarían de serlo, ya que dicha concepción de los derechos exige que su titularidad se circunscriba materialmente a aquellos individuos dotados de unas capacidades cognitivas que les permitan articular un pensamiento deliberativo de una complejidad suficiente para desarrollar su ejercicio y defensa, de las que algunos seres humanos carecen. Por tanto, si queremos evitar esta exclusión, resultará preferible adoptar alguna otra concepción de los derechos subjetivos en que ésta no concurra⁴.

En los epígrafes segundo y tercero del estudio, el autor analiza el estatuto jurídico de los animales no humanos, cuestión que ya analizó con mayor profusión en *Los animales en el Código Civil*, un estudio publicado un año antes del que aquí se analiza. Respecto a este tema sostiene, en un plano meramente descriptivo, que los animales, a pesar de ser objeto de relaciones jurídicas (y no titulares de derechos subjetivos), tienen un régimen jurídico específico que se remonta al Derecho Romano. Dicho régimen, argumenta el autor, se deriva de las singularidades que presentan los animales respecto de las cosas, pues son capaces de trasladarse de un lugar a otro por sí mismos, son «fértiles, peligrosos en ocasiones, en otras pacíficos, fieros a veces, mansos en otras y por todo ello distintos de las cosas inertes y de las personas como seres racionales». En el Código Civil, existen por tanto normas específicas aplicables a los animales y no a las cosas inertes, así por ejemplo el artículo 610 establece que los animales que son objeto de caza y pesca se adquieren por ocupación, el artículo 613 regula la adquisición de animales que pasen espontáneamente de un criadero a otro de distinto dueño, el artículo 612 señala un plazo para la ocupación de animales amansados y también la posibilidad del propietario de un enjambre de abejas de perseguirlo sobre fundo ajeno sin necesidad de autorización del dueño si no estuviese cercado y el artículo 499 regula el usufructo de ganado o piara.

En este sentido, el autor sostiene que las modificaciones operadas en los últimos años en los códigos civiles de diferentes países de nuestro entorno como Portugal, Alemania o Francia (de las cuales se manifiesta partidario) y que recientemente han sido planteadas en España a través de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico

⁴ Además de la clásica teoría de los intereses, tampoco exigen esta exclusión otras concepciones contemporáneas de los derechos subjetivos como las de T. M. Scanlon, Gopal Sreenivasan y Leif Wenar.

de los animales (122/000134), tan solo vendrían a recoger expresamente lo que *de facto* ya sucedía en el Derecho Romano. Esto es, que los animales son considerados, desde un punto de vista estrictamente jurídico, como semovientes, los cuales tienen un régimen jurídico específico, no aplicable a las cosas muebles o inmuebles, derivado de las singularidades innegables que presentan respecto de las mismas.

Pero además de constituir un *tertium genus* (ya sea *de facto*, ya sea porque así esté plasmado expresamente en el ordenamiento jurídico), el autor incide en que los animales gozan de una especial protección que opera a través de la proliferación normativa que se ha desarrollado en los últimos años a diferentes niveles (local, regional, estatal y comunitario) y que explicita como antijurídicas determinadas prácticas o comportamientos lesivos del bienestar animal.

Rogel Vide concluirá, siguiendo a Muñoz Machado, que en la cuestión del estatuto jurídico de los animales lo relevante no es «la declaración de principios, ni el genérico encasillamiento en una categoría jurídica, sino las herramientas concretas que la ley prevé para frenar los malos tratos, los actos crueles o la explotación desenfrenada». En este sentido sostiene que no cabe recurrir a otorgar a los animales no humanos la categoría jurídica de titulares de derechos subjetivos, puesto que su protección jurídica a través de normas que prohíban determinadas prácticas, como sucede, por ejemplo, con los elementos integrantes del patrimonio histórico español, constituye una «solución jurídica alternativa que puede cumplir con más rigor y eficacia las mismas finalidades».

Por último, el autor sitúa a aquellos que argumentan a favor de que la categoría de la titularidad de los derechos subjetivos se extienda a los animales no humanos en una tendencia «a personificar todo» que ha llegado a atribuir personalidad a un ídolo hindú, a la Pacha Mama en Ecuador o al Río Whanganui en Nueva Zelanda. Sin embargo, tal equiparación no resulta adecuada en la medida en que, al margen de la ficción relativa a las personas jurídicas, el hecho de que la capacidad de sentir o de tener experiencias subjetivas, es decir, de sufrir y disfrutar, sea señalada por los que defienden que los animales sean titulares de derechos subjetivos, como condición necesaria para que una entidad sea titular de un derecho no es arbitrario, sino que la capacidad de sentir de una entidad tiene relevancia óptica para otorgarle la titularidad de derechos subjetivos si asumimos la teoría de los intereses. En este sentido, si los derechos subjetivos protegen los intereses de las entidades que una norma jurídica ha explicitado como tales, la capacidad de tener intereses, de la cual la capacidad de sentir es una condición necesaria, constituye un criterio que tiene relevancia óptica para la distinguir qué entidades deben ser titulares de derechos subjetivos y cuáles no. Es por esto por lo que la corriente que aboga por la plena consideración jurídica de los animales no humanos rechaza el otorgamiento de derechos subjetivos a entidades no sintientes como los ríos o los ecosistemas, ya que éstas carecen de intereses debido a que no satisfacen la condición necesaria y suficiente de tener la capacidad de sentir. Además, en la medida en que en tales ordenamientos no se reconoce personalidad jurídica a los animales no humanos, sucede que la eventual tutela de los derechos subjetivos de la Pacha Mama o del Río Whanganui puede ser contraria al bienestar o la vida de los animales no humanos con la capacidad de sentir. Así, por ejemplo, una actuación pública consistente en causar sufrimiento y/o atentar contra la vida de determinados animales (pertenecientes a especies consideradas invasoras) con el

objetivo de la restauración de un determinado equilibrio ecológico anterior, será encuadrada en la tutela legítima del derecho subjetivo de la Pacha Mama a la restauración.

En definitiva, un análisis estrictamente jurídico tan solo nos permite llegar a la formulación del siguiente dilema, pero no articular una solución: Si adoptamos una concepción de los derechos subjetivos como manifestaciones de voluntad o asumimos que la facilidad de la tutela de los derechos de una entidad o su aptitud para ser titular de obligaciones constituyen condiciones necesarias para que ésta sea considerada como titular de tales derechos, entonces ni los animales no humanos, ni tampoco un elevado número de seres humanos podrán ser considerados como titulares de derechos subjetivos. Pero si por el contrario admitimos una concepción de los derechos que admita el reconocimiento de todos los seres humanos como titulares de derechos subjetivos con independencia de las dificultades que presente su tutela y de su aptitud para ser titulares de obligaciones, entonces los animales no humanos deberán ser considerados también como titulares de derechos subjetivos a menos que la concepción utilizada adopte un criterio especista y antropocéntrico.

Por tanto, la cuestión que nos ocupa requerirá de un análisis metajurídico que resuelva cuestiones como si el especismo está justificado moralmente o cuál es la característica relevante moralmente que debe poseer una entidad para que deba recibir el beneficio de la protección jurídica de sus intereses fundamentales.

En conclusión, la obra de Rogel Vide analiza el estatuto jurídico de los animales, identifica cuáles son los principales obstáculos jurídicos que tradicionalmente se han advertido frente a la extensión de la titularidad de derechos subjetivos a los mismos y recoge algunos de los principales argumentos en defensa del antropocentrismo moral. Todo ello, sumado a que constituye una de pocas referencias de juristas españoles sobre esta cuestión, supone que nos encontremos ante una obra de interés para todo aquel que pretenda acercarse al que probablemente sea uno de los grandes temas de nuestro tiempo.

Víctor CRESPO SANTIAGO
Universidad Complutense de Madrid

SANTOS RODRÍGUEZ, Patricia, *Los Derechos Humanos a examen: Una revisión clásica en el 70.º aniversario de la Declaración Universal*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2017, 103 pp.

En 2018 se cumplen los 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; documento declarativo de los derechos humanos por excelencia, adoptado en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948); en él se recogen los derechos humanos considerados básicos, inherentes a la dignidad humana. Para ser un documento declarativo, se trata de uno de los textos de Derecho Internacional que ha tenido mayor impacto –social, jurídico y político– en la historia contemporánea. La resonancia de dicho acuerdo alcanzado por el consenso de la entonces recién conformada comunidad internacional, (cuarenta y nueve países votaron a favor, ninguno en contra, cinco se abstuvieron y dos estuvieron ausentes) no tiene parangón, y su articulado se ha convertido en un referente indiscutible en la creación y aplicación del Derecho a todos los niveles, particularmente cuando el Derecho se ocupa de la protección del ser humano, sea cual sea su origen, etnia o lugar de nacimiento. Resulta cuando menos paradójico el que a pesar de las innumerables violaciones que han sufrido y siguen sufriendo los derechos allí declarados, su vulnerabilidad no haya podido ser derrotada. Resulta evidente que cuantos más años cumple, más perenne parece: la Carta se sigue contemplando como el referente meta-jurídico, casi ético, de nuestra época histórica; y como un llamado imperativo a trascender fronteras, razas, ideologías, religiones, y toda suerte de condicionamientos humanos, en favor de una común dignidad y solidaridad.

La literatura académica en torno a los derechos humanos ha sido desde entonces ciertamente prolija, abordando la temática desde las perspectivas más diversas: jurídica, sociológica, económica, filosófica, ecológica, educativa y un largo etcétera. Desde tribunas estrictamente jurídicas, no solo el Derecho Internacional Público, sino el Derecho Constitucional y Penal, el Derecho Civil y Administrativo, el Derecho Procesal, así como la Filosofía del Derecho y las disciplinas históricas, han bebido de las aguas de los derechos humanos. En poco tiempo, el tema se ha convertido decididamente en un «clásico», insistimos, no solo para el Derecho, sino también para las más variadas disciplinas académicas diversas.

En cualquier caso, la abundancia de estudios y tratados sobre la Declaración no es óbice para volver a reflexionar sobre ella una y otra vez. Como la realidad cotidiana tristemente se encarga de demostrar, la defensa de los derechos humanos es una causa sisífrica, que requiere una y otra vez de renovado compromiso y de reflexión. Como señala la profesora Santos ya en el arranque de la obra, la Declaración viene a dar una respuesta a «cuestiones netamente humanas, fruto de la naturaleza política del hombre y su capacidad de dominar las cosas y el medio en que vive» (p. 11). La declaración, así, plasma preocupaciones que siempre han existido y existirán: «la pregunta por la justicia en las situaciones más diversas, el deseo de vivir en orden y en paz, la necesidad de velar y garantizar el bien común entre los pueblos y en la comunidad internacional» (p. 11). En este sentido, la realidad de tantas personas y pueblos sufrientes en el mundo de hoy, el bajo o inexistente respeto por la vida humana en tantos lugares, y la llegada de un nuevo aniversario

redondo del documento que nació con vocación de amparo de esas realidades llamándolas derechos, hacen propicia y pertinente la reflexión jurídica presente en este trabajo.

La obra de la profesora Santos Rodríguez se enmarca dentro de la perspectiva iusfilosófica, sin desconocer el tratamiento internacional publicista que los derechos humanos han experimentado, y que está presente en las numerosas citas actualizadas a lo largo de la obra. Lo más destacable –por original dentro de la materia y de la perspectiva en la que se enmarca– es el análisis en clave de teoría jurídica que la autora expone como subyacente en estos derechos. Junto con ello, la obra encuentra un fundamento de la Declaración original y poco explorado en la obra de Guillermo de Ockham *Opus Nonaginta Dierum*, de la que se ofrece un abordaje ciertamente pertinente y enriquecedor.

La monografía se estructura en tres capítulos: I. Precedentes filosóficos de los derechos humanos; II. Lugar de la Declaración Universal en la historia de las declaraciones de derechos humanos; III. Fortalezas y debilidades de la Declaración Universal de Derechos Humanos: la razón de otras propuestas.

El primer capítulo examina los antecedentes remotos de los derechos humanos, tanto desde el punto de vista material –en cuanto a su contenido o a los bienes jurídicos que protegen–, como desde el punto de vista formal –analizando su estructura–. El lector encontrará alusiones diversas a la Antigüedad griega, el Derecho romano y el cristianismo, raíces filosóficas, jurídicas y religiosas que se hayan en la raíz del pensamiento occidental, cuna de la Declaración (a pesar de la vocación universalista de la misma). La autora describe de manera sucinta pero certera la historia antigua del pensamiento, señalando momentos y autores ineludibles a la hora de explicar la particular cosmovisión occidental que ha fundamentado la forma de comprender la justicia en Europa y América durante milenios, y que ha servido de *humus* cultural para el surgimiento de la Declaración.

En esa misma línea de la Historia del pensamiento, la profesora Santos se detiene en la principal contribución jurídica de Guillermo de Ockham, desarrollada en el *Opus Nonaginta Dierum*. Obra difícil, que no se ha rehuído, sino estudiado y citado convenientemente. No resulta desconocida la disputa de los franciscanos radicales contra el Papa Juan XXII, aunque a veces su explicación y sus consecuencias en el terreno de la teoría jurídica hayan sido ignoradas o soslayadas. La presente monografía rescata para el público no especializado esta apasionante cuestión filosófica, haciéndola accesible mediante las correspondientes citas del controvertido documento. En este sentido, el estudio de la primera disputa nominalista recibe en la monografía un tratamiento «clásico» –por el tema, por la metodología y por la forma de exponerlo– que, en su sencillez, resulta muy pedagógico y esclarecedor (pp. 24-28).

Analizados los precedentes remotos, la obra se ocupa de antecedentes más cercanos, que se encuentran en el pensamiento Moderno, y que son quizá más conocidos por el lector medio. Esta parte de la obra trasluce un delicado trabajo de interpretación histórica, filosófica y teológica. La autora vuelve a sintetizar de manera profunda y didáctica su visión de la evolución del pensamiento en esa época (pp. 27-36), desgranando los diferentes acentos que la Modernidad imprimirá sobre el recién nacido Humanismo: subjetivismo, individualismo y secularización. Con ello, la autora finaliza el capítulo enmarcando los derechos humanos, desde el punto de vista filosófico, como fruto del iusnaturalismo racionalista.

El segundo capítulo está dedicado a trazar una valoración histórica de la Declaración Universal en la historia de las declaraciones de derechos humanos (pp. 37-83). Es la parte más extensa de la obra. La autora se retrotrae a la cita de textos de los siglos XVI y XVII, cuya naturaleza refleja cierta sintonía con la Declaración. Resultan de particular interés las Instrucciones y la Cédula de los Reyes Católicos a Nicolás de Ovando; así como el conocimiento de los textos citados en la sección que la autora clasifica como textos ingleses (que sin embargo sería más adecuado mencionar como textos en lengua inglesa): Acta de Tolerancia de Maryland, las Normas Fundamentales de Carolina, la *Bill of Rights* de 1689. Ya en el siglo XVIII, la autora se detiene, como no podía ser de otro modo, en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia y en Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Normalmente, la mayor parte de los estudios que se centran en los antecedentes históricos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no suele contemplar el siglo XIX, cuando la historia sigue dando claves que permiten explicar la época contemporánea. La profesora Santos sin embargo documenta también esta época, recogiendo los textos que más explícitamente se relacionarán con la futura Declaración (pp. 42-45), como son la Constitución francesa de 1848 y las Enmiendas XIII, XIV y XV a la Constitución de los Estados Unidos. Con este recorrido histórico la autora no hace más que corroborar documentalmente el encuadre filosófico realizado en el capítulo anterior. El primer capítulo y esta primera parte del segundo parecen mostrar cómo la historia del pensamiento acompaña, se explica y toma forma a partir de la historia de los hombres y de los pueblos.

La segunda parte del segundo capítulo se centra en el siglo XX, recogiendo el método de trabajo y fuentes consultadas en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el detalle de las características y contenido de los derechos en ella sancionados (pp. 48-69). Resulta de extrema utilidad no solo la síntesis ofrecida de la historia previa a la Declaración (ya documentada y relatada con minuciosidad por otros especialistas en la materia) sino también el reflejo posterior de la Declaración Universal en documentos jurídicos relevantes, como son la Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos de 1950 y los Protocolos Adicionales (pp. 69-83). Consideramos un acierto por parte de la autora el haber añadido estas últimas elaboraciones y actualizaciones jurídicas de los derechos humanos reconocidos en la Declaración, pues no es posible tener perspectiva histórica del lugar que este texto ocupa contemplándolo solo como el culmen de un proceso evolutivo filosófico, jurídico, teológico y político. La repercusión, la acogida y los desarrollos posteriores de la Declaración son también elementos de juicio necesarios para poder apreciar el lugar de la Declaración universal de 1948 en la historia de las declaraciones de derechos humanos.

El capítulo tercero, que cierra la monografía, es el más breve, si bien contiene las principales reflexiones valorativas y propuestas de futuro de la autora, lo que lo convierten en el más interesante. En él, la autora recoge lo que ella denomina como «fortalezas y debilidades de la Declaración Universal de Derechos Humanos», que le sirven como base para ofrecer sus propuestas. La crítica principal que la profesora Santos hace sobre los derechos humanos, su acogida formal en la Declaración universal y su desarrollo jurídico posterior, radica en su estructura individualista, favorecida por la categoría de derecho subjetivo que la sustenta. En este sentido, la autora afirma que caracterizar los derechos humanos como derechos subjetivos revela «una estructura individualista poco apta para un programa que apunta a la solidaridad, al

engranaje de los grupos, a la cooperación y a la paz» (p. 86). Junto con el carácter individualista, Santos también caracteriza como debilidades de la Declaración la falta –¿insalvable?– de consenso a hora de fundamentar los derechos humanos –fruto de la babel de antropologías latentes en la mente de los redactores y firmantes de la Declaración–, así como la lentitud y la complejidad en la efectiva protección de los derechos en ella declarados, problemas que no son nuevos y que llevan siendo discutidos por estudiosos de los derechos humanos durante décadas. Quizá la originalidad de las críticas de la autora se encuentra en su capacidad de ir más allá del análisis jurídico del problema, ofreciendo una salida del mismo al apuntar al origen prejurídico de este tipo de derechos: «En su origen y fundamento se apunta más bien una situación antropológica: se parte del reconocimiento de una dignidad radicada en la capacidad racional y la singular trascendencia que cada ser humano comporta, y se considera su existencia en el entorno social en que vive, en la comunidad a la que pertenece» (p. 89). Ofrece la autora una original y personalísima dimensión antropológica y comunitaria de los derechos humanos, que a su juicio los convierte antes en deberes que en derechos. A ojos de la autora los universalmente reconocidos como derechos humanos no son sino «presupuestos básicos para la convivencia», o «necesidades humanas fundamentales que satisfacemos en el concurso con todos los miembros de la sociedad» (p. 89 *in fine*). Estas nociones se acercan, dentro de la tradición iusnaturalista clásica, a la noción de bien común que es propia de la filosofía política. Y es a ese ámbito al que la autora refiere la naturaleza de los derechos humanos y su correspondiente protección y promoción: «El tratamiento propio de los fines políticos corresponde a los medios idóneos para la realización y gestión de la cosa pública a través no solo del Derecho, sino también de las políticas sociales: la educación, la comunicación, el concurso de los diversos trabajos en la producción de bienes y servicios, la responsabilidad personal y concreta en la toma de decisiones acerca de las medidas adecuadas a la satisfacción de las necesidades surgidas en el seno de la comunidad, la cooperación al desarrollo, etc.» (p. 90).

Igualmente provocadora surge la propuesta final de la profesora Santos, cuando pone sobre la mesa una cuestión que cambiaría radicalmente el enfoque de los derechos humanos: «¿Qué sucedería si *se definieran de otra manera*, si se obtuviera otra forma que definiera de tal manera a los derechos humanos, que consiguiera una alineación más adecuada entre la teoría y su aplicación en la práctica? (...) La recuperación de los derechos humanos desde nociones como principios, obligaciones, deberes o responsabilidades humanas, prestarían un entendimiento más claro de las realidades hoy amparadas por ellos; la recuperación de la noción de lo público como lo común (y no solo como lo estatal), unidos a los principios de igualdad, de equidad, de solidaridad y de libertad/responsabilidad social, entre otros, podrían darnos nuevas claves para una formulación *referenciada* de los derechos humanos» (p. 92). En estas propuestas de cambio de paradigma a través de un cambio en el lenguaje la autora no está sola. Así lo evidencia la obra, con un nutrido número de referencias a diversos autores que recientemente se han formulado las mismas preguntas, y han ofrecido respuestas en la línea apuntada por Santos. Frente a la posible acusación de limitarse a ofrecer un catálogo de ideas filosóficas más o menos abstractas sobre la teoría de los derechos humanos desconectadas de la práctica jurídica y social diaria, Santos cierra la obra presentando plasmaciones concretas de una gran actualidad de las ideas que propone en muy diversos campos: desde el Derecho Humanitario, pasan-

do por el florecimiento del *soft Law* y los códigos éticos, hasta las prácticas de responsabilidad social corporativa. Sugiere finalmente la inserción de los derechos humanos en las políticas sociales y en la educación, desde la perspectiva teórica brindada por el comunitarismo o por el perfeccionismo cívico (p. 94). Y ello porque los derechos humanos no son tan solo unos títulos jurídicos para esgrimir ante un tribunal, sino que están llamados a informar la cultura, las relaciones entre personas y pueblos, y para ello deben ser objeto de promoción desde los poderes públicos, comenzando por una adecuada educación *en y desde* los derechos humanos.

La monografía resulta adecuada como punto de partida o como referencia para cualquier universitario con deseo de profundizar en su conocimiento acerca de los derechos humanos y su historia, así como sobre el alcance de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. También será sugerente para los interesados en la evolución de la teoría jurídica aplicada a los derechos humanos, así como para los estudiosos de cuestiones de filosofía política contemporánea o incluso de ética social aplicada. Estamos ante una obra sólida, pertinente y original, que permitirá al lector acercarse con un profundo conocimiento de causa la Declaración de 1948.

Juan María MARTÍNEZ OTERO
Universidad de Valencia

SOLANES CORELLA Ángeles, *Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 488 pp.

En todo ejercicio de crítica bibliográfica se presume un reconocimiento hacia la obra objeto de análisis. Este caso no puede ser una excepción y no puede serlo porque el libro que nos ocupa reúne todas las características que concurren en un gran trabajo: claridad, exhaustividad y originalidad. Claridad en cuanto a la forma de exponer las premisas, datos, argumentos y reflexiones. Exhaustividad por lo que a las fuentes consultadas se refiere pues no falta ninguna de las tres perspectivas que convergen en el Derecho: legislación, jurisprudencia y doctrina, produciéndose entre todas una suerte de diálogo que dota al libro de una apuesta y preocupación constante por el rigor a través de la inclusión de la labor no siempre acorde de legisladores, jueces y teóricos. Esa multiplicidad de fuentes no necesariamente convergentes confiere al estudio una complejidad considerable que, sin embargo, ni oscurece el texto final ni dificulta su lectura. Y originalidad en fin de la propia mirada de la autora tanto por su resuelta forma de entrelazar los diversos asuntos analizados como por lo valiente, pero a la vez prudente, de sus planteamientos y reflexiones, estando todo el libro sostenido por la adecuada proporción entre el registro de pareceres ajenos y la aportación estrictamente personal.

El resultado de todo ello, no demasiado frecuente, pero siempre ambicionado por la Filosofía del Derecho, es ese equilibrio entre profundidad y detalle que se consigue cuando no se descuida lo «pequeño» en beneficio de lo «grande», ni se redundan en lo concreto en detrimento de lo abstracto. En todo caso, resulta especialmente de agradecer y referenciar el esfuerzo de síntesis, declaración y aclaración de intenciones que, al comienzo y final del libro, abre y cierra el trabajo. Ya solo por esos dos apartados merece la pena ser leído, pero el hecho de que además todo el conjunto esté sólidamente construido y sobradamente ilustrado con jurisprudencia y normativa tanto nacional como internacional lo convierten en un trabajo ineludible para quien pretenda conocer la situación actual del tratamiento de la diversidad cultural en nuestro país y en nuestro entorno cultural y geográfico más cercano.

El libro consta de cinco capítulos siendo en el tercero y el cuarto donde se concentra con detalle el objeto reconocido de análisis: los retos de la diversidad en el espacio público y privado respectivamente. Antes de llegar a ello, con gran honestidad intelectual, la autora muestra su punto de partida comenzando por alertar de los errores detectados en un intento estéril de reducir la complejidad, simplificación contraproducente de la realidad que impide la construcción de una mirada integral e integradora capaz de crear soluciones correctamente enfocadas hacia dicha realidad, realidad inexorablemente plural y hasta conflictual como en varias ocasiones la profesora Solanes nos recuerda con acierto. Errores persistentes que según sus propios términos consistirían: primero, en «la consideración equívoca de que la diversidad en el ámbito cultural, y dentro de él en el religioso, es una cuestión estricta del derecho de extranjería»; y, segundo, en «obviar fenómenos de gran trascendencia como el aumento de la población musulmana», así como la segregación, la marginalización, la discriminación y las actitudes racistas o xenóforas hacia los inmigrantes, incluso cuando han adquirido el estatuto de nacionales» (p. 18).

Esos, y no otros más cómodos o amables, son los puntos de partida de una investigación que, explícitamente, gira en torno a tres ejes de acción: la educación y salud en tanto que derechos sociales; el ámbito familiar o espacio privado por cuanto se refiere a los matrimonios forzados y crímenes de honor; y el empleo del espacio público como lugar de exteriorización de símbolos religiosos, pero también en lo atinente a usos urbanísticos de los espacios de dominio público sea para la edificación de nuevos centros de culto, sea para la creación de cementerios o la ampliación de los ya existentes a fieles de distintos credos.

Triple es el ejercicio de análisis que la autora nos propone; tres son también los principios desde los que ella nos insta a construir un marco jurídico capaz de dar una respuesta a la diversidad cultural acorde con un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro y nueve las propuestas con las que contribuir a crear políticas proactivas de la diversidad. Todo ello en clave de la defensa más eficaz posible de los derechos humanos de todos (la redundancia no es casual) y sin olvidar una consideración de la perspectiva de género en un sentido transversal y por tanto protector. A la vista de ello, una especial querencia o confianza parece profesar nuestra autora por el número tres al que, por otra parte, siempre se le ha conferido una dimensión especialmente práctica y simbólica que aquí también se evidencia. Examinaremos por separado cada uno de esos extremos.

Por lo que respecta a la metodología del análisis, la autora manifiesta que la triple acción que vertebra y da sentido a su trabajo, esto es: «observar la realidad, analizarla y aprehender los retos que plantean las actuales barreras para la convivencia» tiene por objeto «contrarrestar, desde la reflexión crítica, las soluciones reduccionistas, basadas especialmente en el miedo al otro, el rechazo o la dialéctica del prejuicio que han sido un incentivo para la fragmentación y dificultan la cohesión social» (p. 24).

Lo que significa que, como corresponde a la Filosofía del Derecho, no solo no se prescinde de la mirada crítica sino que, con la agudeza que le caracteriza, se apela a ella como recurso epistemológico, pero también axiológico desde el que buscar las mejores soluciones jurídico-políticas posibles en un contexto eurocentrista no desprovisto de la desconfianza y sospecha que siempre acompaña al racismo y la xenofobia.

Punto y aparte merece la cuidada y calmada reflexión que da soporte a todo el trabajo en torno a los conceptos de cultura y diversidad cultural dado su estrecho y bidireccional vínculo con la identidad, reflexión que recoge y reclama la presencia de lo que la autora denomina 3R, a saber: «el reconocimiento, la representación y la redistribución» (p. 28). Convencida, como está y demuestra, de que sin el concurso de esas tres «R» no será factible garantizar un reparto de recursos, no únicamente materiales, sin los cuales resulta imposible ir más allá de una mera coexistencia que, si no débil, debilita las legítimas expectativas de una convivencia plena propia de una sociedad abierta y plural identificada a partes iguales con la libertad y la igualdad.

Las nueve propuestas que articulan las «reflexiones finales» son acreedoras, a mi parecer, de una mención especial. Aunque patente a lo largo de todo el libro, la capacidad de ordenación y coordinación de la profesora Solanes se hace en esta parte última aún más evidente. En las treinta y tres páginas que ocupan no se relega ni uno solo de los problemas analizados en las casi cuatrocientas precedentes, por lo que esa suerte de ideas fundamentales con las que cierra el libro supone, desde este punto de vista, una práctica guía para el estudiante que le conducirá a la búsqueda de las particularidades y

detalles de los casos referidos en el texto íntegro, en caso de que antes no se hubiera detenido en ellos. En el caso del experto o el avezado interesado, esas consideraciones finales constituyen un útil compendio del estudio pormenorizado al que ponen término. Sea como fuere unos y otros, estudiantes y estudiosos, percibirán que dichas reflexiones tienen tanto de ideas como de ideales. Ideas e ideales que, situando al individuo como sujeto de derechos, no obvian las dificultades ni renuncian a los conflictos, inevitables pero resolubles, en un marco jurídico-político nacional e internacional de máximo respeto y potenciación de los derechos humanos. Todo ello sabiendo, como nos recuerda en diferentes puntos, que se trata de una conflictividad dinámica y que, en consecuencia, la búsqueda de equilibrio y respeto entre las distintas culturas en una sociedad plural será un proceso siempre abierto en el que las soluciones, desprovistas de la rigidez del dogma, se caracterizarán por una provisionalidad que confiere al sistema un dinamismo directamente proporcional al de su incertidumbre.

La primera de las propuestas antes aludidas se refiere a «la necesidad de modular los marcadores primarios de identidad (lengua, religión, tradiciones, prácticas...) conjugándolos con la dimensión garantista de los derechos humanos» (p. 397), habida cuenta de que la autonomía personal solo podrá desarrollarse en un contexto donde la libertad positiva y negativa compartan protagonismo. Como paso previo a su consecución, tal y como nos advierte la profesora Solanes, es preciso no incurrir en dos confusiones demasiado frecuentes de cuyo correcto planteamiento depende la adecuación de las respuestas jurídicas. Por un lado, «hay que distinguir entre los casos en los que las reivindicaciones para proteger la identidad cultural afectan a bienes y valores que, en último lugar, pueden considerarse sacrificables (...) de aquellos otros casos en los que el reconocimiento de dichas diferencias culturales puede resultar realmente problemático o incompatible con la protección de los derechos fundamentales y humanos» careciendo estas de acomodo democrático. Y, por otro lado, es imperativo delimitar con mayor precisión el lugar y papel desempeñado por las diferencias culturales respecto a un dilema social, esto es, «si en determinados conflictos, problemas y tensiones es relevante la diversidad cultural, o si se apela a ella de una manera errónea, cuando en realidad lo que hay es una desigualdad manifiesta que obedece también, incluso casi exclusivamente, a otras cuestiones como, por ejemplo, la injusta redistribución» (pp. 399 y 400).

En la segunda de las proposiciones la autora recoge lo que ya había sido expuesto con detalle con anterioridad, a saber: que tanto el asimilacionismo como el segregacionismo y el integracionismo, en tanto que modelos teóricos, resultan ser «insuficientes» (e incluso yo me arriesgaría a decir que inapropiados) para tratar y gestionar la diversidad. Y lo son básicamente por dos razones: «por obviar la complejidad de los sistemas jurídicos de los Estados de origen y de recepción (...) y negar la necesidad de interacción activa de los grupos mayoritarios y los minoritarios».

Las deficiencias de tales planteamientos teóricos son perceptibles en las políticas de integración implementadas tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el nacional, caracterizados ambos por una desacertada identificación institucional entre integración e inmigración con base en una variable de incompatibilidad a tenor de la cual la integración de unos colectivos será mayor que la de otros y que, en todo caso, sustenta «la necesidad de abandonar aquellas particularidades que se consideran incompatibles con el orden público que sostiene el Estado, entendido en un sentido muy amplio». La

autora opta por la defensa de un modelo pluralista en el que el reconocimiento de la diversidad en términos de igualdad sea el impulsor del marco jurídico-político de referencia. Y aún da un paso más al adoptar una defensa expresa en pro del interculturalismo, constituyendo esa su tercera idea clave donde lo que se prima e incluso potencia son «los vínculos (...) los puntos en común, así como el aprendizaje mutuo, la cooperación y el intercambio» (p. 403). Propugnando para ello la decidida articulación de dos mecanismos de acción: la neutralidad estatal y la laicidad, entendida esta como «un valor prescriptivo fundamental que permite favorecer la libertad de todas las personas, lo cual no supone ni neutralidad valorativa ni indiferencia moral» (p. 405). Mecanismos cuya eficacia descansa necesariamente en la puesta en práctica de políticas que articulen una participación efectiva de todos los sujetos y partes implicadas; que den importancia a la definición y prevención de los conflictos y que asuman plenamente la transversalidad del género en todas las derivadas de la diversidad cultural.

En las seis restantes propuestas, la profesora Solanes compendia los seis retos en torno a los cuales había articulado los capítulos tercero y cuarto del libro. Espacio en el que recoge lo actual y principal de la jurisprudencia europea y nacional, reservando una meritoria dedicación similar, para los retos que la diversidad cultural plantea en el ámbito público y en el privado. En lo concerniente a la esfera pública, la autora distingue y analiza tres grandes retos sin perjuicio de que, a su vez, cada uno de ellos se manifieste y concrete de diferentes modos. Así, trata de todo lo relativo al empleo de los símbolos de pertenencia y el uso del espacio público (primer reto); de lo que deriva de las distintas prácticas alimentarias (segundo reto); pero también de las dificultades surgidas por la ubicación de los lugares de culto y cementerios (tercer reto).

En un análisis pormenorizado la autora da cuenta de cómo se proyectan, y resuelven cada una de las tales situaciones materializándose básicamente en la vestimenta (pp. 152-177); el tratamiento de los símbolos estáticos (pp. 177-193) y, por último, el uso de la vía pública para el desarrollo de actividades religiosas y culturales (pp. 193-203). En ese contexto, resulta de interés por lo frecuente y polémico tanto el repaso realizado a las respuestas dadas por distintos países de nuestro entorno a los velos integrales o que cubran el rostro –siendo la belga la más severa al considerarlo delito y prever, en consecuencia, una respuesta penal–, como el reflejo de la jurisprudencia del TEDH emitida con ocasión de la resolución de diversos supuestos donde estaba en cuestión el uso de dicha prenda. De acuerdo con ella, solo cabe justificar la prohibición del mismo, entendida como injerencia o limitación del respeto a la vida privada y familiar y libertad de manifestar la religión y las creencias (arts. 8.2 y 9.2 CEDH), cuando concurren tres condiciones: que se haga por ley; que se persigan uno o más objetivos legítimos recogidos en dicha norma; y que se trate de una sociedad democrática (p. 161).

En nuestro país, mientras que la ausencia de regulación específica en relación a la vestimenta religiosa «ha propiciado variedad de resoluciones (judiciales) no siempre coincidentes que pueden generar desigualdad», la jurisprudencia «ha sido mucho más unívoca a la hora de considerar, prácticamente de manera unánime, que los símbolos religiosos de carácter estático (–piénsese sobre todo en las cruces–) tienen un carácter más cultural que religioso» (p. 408), por lo que no se considera que vulneren la aconfesionalidad del Estado.

En el siguiente de los retos abordados en el ámbito público, el relativo a las prácticas alimentarias derivadas de las prescripciones religiosas, la autora distingue lo que ello supone en y para los centros educativos (pp. 201-216) de lo que implica en los hospitalarios (pp. 216-225) y los penitenciarios y de internamiento para extranjeros (pp. 225-235). Es relevante la diferencia de criterio mantenida al respecto por el TEDH y los tribunales españoles. Mientras el primero realiza dos importantes puntualizaciones relativas a la libertad religiosa del artículo 9 del CEDH, una: que el ejercicio de dicha libertad comprende un cierto nivel de coherencia que incluiría la dieta, y dos: que la necesaria neutralidad de los Estados respecto a las creencias excluye cualquier valoración en lo atinente a su legitimidad, el criterio sostenido por la jurisprudencia española ha venido siendo el opuesto «negando los menús específicos tanto en centros escolares como penitenciarios» (p. 412). Resulta de gran interés en este punto una de las indicaciones aportadas por la autora con el fin de prevenir situaciones conflictivas, de modo que, si bien es verdad que «el mandato dirigido a las autoridades no contiene una obligación de resultado, (...) la situación de sujeción no voluntaria (...) y de especial dificultad en que se encuentran (...) internos y enfermos», que ven limitado el ejercicio de su libertad religiosa, «debería ser tomada en consideración» (p. 413).

El tercero de los retos, el que afecta al emplazamiento de los lugares de culto, se desagrega en tres supuestos diferentes atendiendo a las especiales características de cada uno de ellos: mezquitas y oratorios (pp. 240-248); espacios multiconfesionales (pp. 248-257); y cementerios y tanatorios (pp. 257-269). En el trabajo se apuesta expresamente por los centros pluri o multiconfesionales aun a pesar de que no todas las iniciativas tendentes a ello en nuestro país hayan alcanzado el resultado esperado. De ahí las sugerencias apuntadas por la autora en el sentido de que sería conveniente la elaboración de «un Plan municipal de lugares de reunión» en el que explícitamente se abordase la posible ubicación de los lugares de culto de las diferentes confesiones, además del beneficio que podría suponer la aprobación de una ley estatal que estableciese las condiciones para el establecimiento de tales lugares de culto en condiciones de igualdad entre los diferentes credos (p. 416).

Y, por último, los tres retos que en el ámbito privado suscita la diversidad cultural. El matrimonio islámico del que se analiza en detalle tanto sus efectos jurídicos como lo que suponen para los ordenamientos nacionales la poligamia y el repudio (pp. 274-302); los matrimonios de conveniencia, forzado e infantil (pp. 312-352); y para concluir los crímenes de honor (pp. 354-395).

En lo concerniente al matrimonio islámico recogeremos, siquiera brevemente, algunas de las muchas contribuciones del libro. Así ha de destacarse que, lamentablemente, la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria por la que se reformaba el Código Civil no ha logrado «uniformar el sistema matrimonial español dotándolo de mayor claridad e igualdad» (p. 419). La respuesta dada por los tribunales españoles a la poligamia varía en función al ámbito judicial: «la jurisdicción civil la ignora (...); la contenciosa la rechaza», mientras que en la social el Tribunal Supremo reconoce ciertos efectos en materia de pensiones de viudedad sin que ello signifique un reconocimiento a dicho matrimonio (pp. 419-420). De forma indiscutida el repudio solo podrá tener efectos jurídicos en nuestro país si además de cumplir con todos los requisitos legalmente establecidos (*vid.* art. 954 LEC) es irrevocable.

Como ha sido apuntado, otro tipo de conflictos y dificultades son los planteados por los matrimonios de conveniencia, forzados e infantiles. Los

primeros, caso claro de abuso y fraude de ley, no son tipificados en España como delito, supuesto muy distinto del matrimonio forzado cuya inclusión en el artículo 172 bis por la reforma del Código Penal de 2015 es valorado muy positivamente por la profesora Solanes. Estimación muy distinta a la que suscita la regulación del matrimonio infantil del artículo 172.3 del Código Penal, merecedora de crítica en opinión de Ángeles Solanes en la medida en que, al ser genéricamente considerado como un tipo agravado del matrimonio forzado, no se resuelven adecuadamente algunos supuestos como, por ejemplo, el caso de especial gravedad que se produce cuando las víctimas son menores de temprana edad.

De cara a proporcionar la información adecuada y actualizada sobre los llamados crímenes de honor, la atención se dirige a las respuestas dadas desde distintas instancias y niveles administrativos. Por un lado, son tenidos en cuenta los instrumentos internacionales, especialmente la CEDAW y las resoluciones y recomendaciones de la A. G. de Naciones Unidas, pero también el Convenio de Estambul y en concreto su capítulo III. Por otro lado, se repasan las normas de la Unión que se han ocupado de esta materia y específicamente la Directiva 2012/29/UE, para cerrar con la respuesta española o, por mejor decir, con la ausencia de normativa española. Una suerte de laguna legal que se resuelve mediante la reconducción de tales prácticas a diversos tipos penales. Hecho merecedor, a juicio de la autora, de un reparo similar al motivado por la regulación de los matrimonios infantiles, ya que, una respuesta jurídica inadecuada, o una inadecuada calificación jurídica, «puede destruir la especial protección requerida a unas potenciales víctimas de violencia de género y desatender las imprescindibles medidas de reparación (p. 429). Lo cual no solo no tiene cabida, sino que resulta contrario a todo ordenamiento que «pretenda favorecer la convivencia, sirviéndose de reglas de compatibilidad y ponderación como punto de inflexión entre diversidad, igualdad y derechos» (p. 429). En definitiva, este es un libro que, en la medida en que ahonda en los relevantes asuntos tratados y exige una constante consideración e, incluso, toma de postura por parte del lector respecto a cada uno de los análisis realizados, resulta un trabajo imprescindible y no solo precisamente para los filósofos del Derecho.

M.^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

III

NOTICIAS

V Congreso Internacional «El tiempo de los derechos» Universidad de Valladolid, 5 y 6 de noviembre de 2018

Durante los días 5 y 6 de noviembre de 2018 se celebró el *V Congreso Internacional «El tiempo de los derechos»*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, organizado por la *Red Tiempo de los Derechos* y con la colaboración del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid.

El Congreso se abrió con la presencia del rector de la Universidad de Valladolid y del decano de la Facultad, quienes subrayaron que la causa de los derechos humanos merece un análisis crítico, riguroso y profundo dado que afecta, en último término, a la vida de cada uno de los miembros de la sociedad. Y ese es sin duda el objetivo de este congreso, señalaron, al ocuparse de ámbitos temáticos que representan investigaciones sobre los aspectos esenciales que afectan a los derechos humanos: las normas aplicables y su trascendencia jurídica; el uso de los derechos humanos como instrumento para conseguir sistemas democráticos sólidos y duraderos; cómo hacer realidad los derechos humanos en sociedades diversas y complejas; ofrecer apoyo desde las universidades a los colectivos más vulnerables mediante las clínicas jurídicas, cumpliendo la Universidad con su responsabilidad social; cómo investigar en y sobre derechos humanos; y reflexionar sobre los interrogantes que la técnica plantea a los derechos humanos tanto para su mejor garantía como para convertirse en un riesgo.

El encuentro ha permitido tanto que se compartieran las investigaciones y análisis por parte de especialistas y expertos como la articulación de acciones y actividades a corto y medio plazo. Reflejo del sentido del evento es su programa que recoge a través de diferentes mesas los temas presentados y debatidos.

En la primera mesa se abordaron los efectos jurídicos de los pronunciamientos de los órganos de expertos creados de conformidad con diversos tratados de derechos humanos. Cada una de las intervenciones aportó diferentes encuadres de esta cuestión, siendo la realizada por el profesor Enrique Martínez Pérez (Universidad de Valladolid) la que establecía el marco de referencia general al analizar la naturaleza jurídica de las decisiones de los órganos

de expertos desde la perspectiva de las normas usuales de interpretación. El resto de intervenciones se centraron sobre el posible impacto de tales pronunciamientos en materias más específicas. Los profesores Patricia Tapia Ballesteros y Alejandro de Pablo Serrano (Universidad de Valladolid), desde la perspectiva del derecho penal, se ocuparon de conectar las aportaciones del órgano del Consejo de Europa en materia de corrupción (GRECO) y las posibles modificaciones del Código Penal en la línea de sus consideraciones. Posteriormente, la profesora Cristina Guilarte Martín-Calero (Universidad de Valladolid), desde un plano civilista y en relación a los derechos de las personas con discapacidad, procedió a presentar los informes de expertos en materia de discapacidad y su incidencia en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Finalmente, el profesor Javier García Medina (Universidad de Valladolid), desde un ámbito propiamente de derechos humanos, puso de manifiesto el valor de los pronunciamientos de los órganos de expertos en el enfoque de derechos humanos, metodología cada vez más frecuente y exigible para la realización de derechos humanos y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en el marco de la cooperación internacional y de las políticas públicas.

La segunda de las mesas se articuló bajo la temática de buen gobierno, transparencia y derechos humanos como herramientas para luchar contra la corrupción. El profesor Jorge Malem Seña (Universitat Pompeu Fabra) reflexionó precisamente sobre cómo podría incidir o no la transparencia, como instrumento de lucha frente a la corrupción, en la realización de los derechos humanos y en la profundización y asentamiento de un sistema democrático. Por su parte, Lourdes Parramon Bregolat, en su condición de responsable del Área de Relaciones Institucionales, Visibilidad y Participación de la Oficina Antifraude de Catalunya, presentó algunas de las actuaciones que dicho Área viene desarrollando para prevenir e investigar la corrupción, mediante recomendaciones de buenas prácticas. Cerró la mesa Jesús Sánchez Lambás, miembro del Comité de Dirección de Transparencia Internacional España, cuya intervención versó sobre la situación de la transparencia en el ámbito público y las perspectivas de futuro que en este terreno se esperaban alcanzar tanto a medio como a largo plazo, dada la importancia de la transparencia para defenderse de la corrupción.

En la tercera de las mesas se atendió a la efectividad de los derechos humanos, cuestión que requiere una continua consideración porque alude a la realización concreta de los derechos humanos. La profesora María José Añón Roig (Universitat de València) procedió a analizar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en las decisiones del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por su parte, el profesor Daniel Oliver Lalana (Universidad de Zaragoza) se centró en la privacidad y el derecho de protección de datos como garantía de autonomía suficiente frente a la interdirección de las vidas, en una doble dimensión individual y colectiva. Remarcando el problema de que las legislaciones de protección de datos pretenden ofrecer una privacidad informativa que en realidad no se puede alcanzar dada la revelación de datos que se realiza al acceder y consultar distintos lugares en la red. El profesor Ignacio Aymerich Ojea (Universitat Jaume I) llevó a cabo una presentación sobre la evolución de hipótesis sobre la efectividad de los derechos en la investigación cuantitativa. La determinación de la efectividad ha de ir más allá de las decisiones de los tribunales, puesto que la presencia y existencia de los propios tribunales no es generalizada en muchos países, de ahí la importancia del empleo de estadísticas, que

requerirán un análisis descriptivo y/o diferencial. Aludiendo también a distintas teorías que se orientaban en esa línea de investigación y estudio. Finalizando la mesa con la aportación de la profesora María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza), en la que llamó la atención sobre la soledad de los derechos humanos en un mundo globalizado, concepto este que considera «pantalla» al abarcar muchas cosas, pero también ocultar otras. En tales esquemas el discurso de los derechos humanos puede chocar, y de ahí su soledad, con su consideración como derechos principialistas, como meros objetos de consumo o como obligaciones de los Estados sin que otros agentes, como las empresas, se vean llamados a contribuir a su efectividad.

La cuarta de las mesas acogió las experiencias que se vienen desarrollando en el marco de una de las metodologías docentes en derechos humanos como es la que se lleva a cabo desde las Clínicas Jurídicas. En este sentido, el profesor Asier Martínez de Bringas (Universidad de Deusto) puso de manifiesto cómo la articulación del tercer sector y las clínicas jurídicas para la práctica de derechos contribuía de forma eficaz a la lucha por la justicia social. Por su parte, el profesor Andrés Gascón Cuenca (Universitat de València) relató cómo una forma cercana e inmediata de Clínica Jurídica como es el *Street Law* implicaba la garantía de los derechos humanos. La profesora María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III de Madrid) analizó cuál era y debía ser el papel de los operadores jurídicos en la eficacia de los derechos humanos y cómo, en consecuencia, se debía proceder a la transformación de la enseñanza del Derecho para atender a las nuevas realidades que se plantean. En último lugar intervino el profesor Miguel Ángel Ramiro Avilés (Universidad de Alcalá) para señalar que la alfabetización legal de las personas con VIH a través de la enseñanza legal clínica, se hace imprescindible para poder proteger y garantizar los derechos de este colectivo de forma eficaz.

Las metodologías de investigación en derechos humanos fueron el objeto de análisis en la quinta de las mesas del congreso. La profesora Cristina de la Cruz Ayuso (Universidad de Deusto) enmarcó las necesarias consideraciones epistemológicas y metodológicas que el tema plantea dentro de la dimensión interdisciplinar en la investigación sobre derechos humanos. Por su parte, la profesora Dolores Morondo Taramundi (Universidad de Deusto) vino a profundizar en esa línea, al señalar que esa iba a ser precisamente una vía de trabajo dado el bagaje en experiencia y conocimiento que se había obtenido con los proyectos anteriores y con la labor conjunta desarrollada entre la Facultad de Derecho y la de Ciencias Sociales.

La sexta y última de las mesas del congreso se dedicó a la relación entre inteligencia artificial y los derechos humanos. El profesor Jesús Ignacio Martínez García (Universidad de Cantabria) disertó sobre «Derecho Inteligente», en la medida en que el derecho se presenta como una expresión de inteligencia, imprescindible y fuerte, se hace necesario que los operadores jurídicos adopten formas de pensamiento conforme a esa realidad, que ya es en red, para aprehender una racionalidad jurídica nueva, apropiada para moverse dentro de un sistema social e institucional inteligente. Por su parte, el profesor Rafael de Asís Roig (Universidad Carlos III de Madrid) suscitó los retos que la robótica puede plantear a los derechos humanos, dado que son muchas las preguntas que el avance científico-técnico supone al observar una realidad en la que ya muchas máquinas, en ámbitos diversos, realizan servicios, toman decisiones, se mueven y desplazan con autonomía. Cerró esta mesa el profesor Jose Ignacio Solar Cayón (Universidad de Cantabria) analizando

cómo la inteligencia artificial progresivamente iba a condicionar el acceso a los servicios jurídicos, tanto de la ciudadanía en general como de los propios operadores jurídicos, afectando, posiblemente, y entre otras cosas, al propio razonamiento jurídico.

El congreso acogió también un acto de homenaje al profesor Mario Ruiz Sanz, fallecido en Valencia el 29 de abril de 2018, en el que participaron el profesor Javier de Lucas Martín (Universitat de València), el profesor Víctor Merino Sancho (Universitat Rovira i Virgili), la profesora María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza), el profesor Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid) y la profesora Cristina García Pascual (Universitat de València), con cuyas intervenciones se fue haciendo un emotivo recorrido por la trayectoria académica e investigadora del profesor Mario Ruiz, pero también destacando los rasgos de su personalidad que le habían convertido en un profesor respetado, querido y admirado por ellos y por todos quienes habían tenido la suerte de conocerle. Se aludió, entre otras cosas, a su interés por el cine y su relación con el derecho dando lugar a publicaciones que recogían tal inquietud compartida con otros colegas. Abordaba el cine y el derecho desde una metodología que pretendía equilibrar ambas disciplinas, en aras de su importancia en la docencia y en la investigación, hasta el punto de introducir una asignatura que fue modificando de título: desde «Imágenes del Derecho al Cine», en el curso 2002-2003; «Derecho y Cine», en el curso 2003-2004; y, finalmente, en la asignatura «El Derecho en el Cine: visiones globales», en el curso 2004-2005. Señalándose que se estaba en trámites de que el Aula de Cine de la URV llevara su nombre. Sin olvidar su dedicación al *Anuario de Filosofía del Derecho*, como miembro del consejo de redacción, secretario y director, y a la Revista de *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*.

En los momentos finales de este V Congreso se llevó a cabo la reunión de la *Red Tiempo de los Derechos*, que se inició con una valoración muy positiva de este encuentro, destacándose la calidad de las intervenciones, la vitalidad de la red y el número de comunicaciones recibidas, reflejo del interés de los temas abordados. Se hizo un balance positivo del trabajo de la Red que se viene ya desarrollando desde 2008 y que se desea se siga manteniendo buscando la manera de participar en conjunto en aquellas iniciativas, proyectos y programas que conciten el interés común.

La *Red Tiempo de los Derechos*, coordinada por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, ha ido manteniendo una línea de progreso y continuidad que le ha llevado a estar integrada en la actualidad por 15 grupos y centros de investigación españoles: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos «Pedro Arrupe» de la Universidad de Deusto, Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia, Institut de Drets Humans de Catalunya, Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid, Observatorio Gregorio Peces-Barba de la Universidad de Jaén, Centro de Investigación de la Efectividad de los Derechos Humanos de la Universitat Jaume I, Laboratorio «Sociedad de la Información y derechos humanos» de la Universidad de Vigo, Laboratorio sobre la Implementación y Eficacia de los Derechos Sociales de la Universidad de Zaragoza, Observatorio de Investigaciones socio-jurídicas sobre Derechos y Libertades Fundamentales de la Universidad de La Rioja, Grupo de Investigación, «Informática, Lógica y Derecho» de la Universidad de Sevilla, Grupo de Investigación «La Comparación en Dere-

cho Constitucional» de la Universidad de Cádiz, Grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, Grupo de Filosofía del Derecho y Filosofía Política del Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

El congreso se organizó gracias a la colaboración de los proyectos Red El Tiempo de los Derechos. DER2017-90755-REDC y «La nueva protección jurídica de las personas vulnerables» DER2015-69120-R. Las comunicaciones podrán ser consultadas en la Colección Papeles El tiempo de los derechos de la Red Tiempo de los derechos <https://redtiempodelosderechos.com/agenda/papeles-el-tiempo-de-los-derechos/>

Javier GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

III Coloquio entre civilistas y filósofos del derecho

Los días 27 y 28 de noviembre de 2018 se celebró en Santiago de Compostela el III Coloquio entre civilistas y filósofos del derecho, organizado en esta edición por María del Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela, junto con Josep Joan Moreso, catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad Pompeu Fabra. En el encuentro participaron unos cincuenta profesores de Universidades españolas, y algunos de Italia y de Portugal, de las especialidades de Derecho civil, Derecho internacional privado y Filosofía del derecho, principalmente. Estos Coloquios están planteados como reuniones académicas semi-informales donde discutir abiertamente sobre temas de interés común para civilistas y filósofos del derecho, con el fin de darse a conocer mutuamente las perspectivas y los intereses de sus respectivas disciplinas. En esta III edición, el tema de discusión propuesto por los organizadores fue: *Conceptos multidimensionales, cláusulas generales, estándares de conducta: orden público, buena fe, pautas de conducta y diligencia*.

Las dos jornadas, extensas e intensas, se desarrollaron en un aula de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela con las mesas dispuestas de manera que los participantes pudiesen sentarse y hablar cara a cara. El encuentro se estructuró en tres sesiones, cada una de ellas introducida por dos ponentes y seguida de una discusión, en la que se integraban una serie de intervenciones programadas. Tanto las ponencias como las comunicaciones estaban pensadas como exposiciones breves, para dar protagonismo al debate espontáneo de los participantes. Estas ponencias y comunicaciones habían sido anunciadas ya días antes de la reunión con un resumen, y en algún caso se había anticipado su texto completo o con materiales complementarios. La reunión comenzó la tarde del 27 de noviembre con una presentación e introducción al tema de Josep Joan Moreso y de Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza.

La primera sesión, durante la tarde del 27 de noviembre, estuvo dedicada al concepto de orden público y los ponentes fueron Santiago Álvarez González (Derecho internacional privado, Universidad de Santiago de Compostela) y Manuel Atienza (Filosofía del derecho, Universidad de Alicante), moderados por la profesora García Rubio. Las intervenciones programadas corrieron a cargo de Rafael Arenas García (Derecho internacional privado, Universitat Autònoma de Barcelona), sobre «Orden público y gobernanza multinivel»; Francisco Infante Ruíz (Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), sobre «Orden público y derechos humanos»; Francisco Oliva Blázquez (Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), sobre «Reflexiones críticas sobre la utilidad de la noción de orden público»; Alma Rodríguez Guitián, (Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), sobre «Pactos pre-ruptura conyugal y orden público»; Marta Ordás Alonso (Derecho civil, Universidad de León), sobre «Los límites a la autonomía de la voluntad en la institución matrimonial. En especial, el orden público familiar»; y Milagros Otero Parga (Filosofía del derecho, Universidad de Santiago de Compostela), sobre «El orden público como instrumento de pacificación social». Como parte organizadora, Marta Otero Crespo (Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela) renunció a pre-

sentar su comunicación sobre «Maternidad subrogada, interés superior del menor y orden público».

La segunda sesión tuvo lugar la mañana del día 28 de noviembre, dedicada al concepto de buena fe. Moderó la sesión Josep Joan Moreso, quien además intervino en sustitución de Chiara Valentini (Filosofía del derecho, Universitat Pompeu Fabra), ponente prevista que finalmente no pudo asistir; y participó como ponente José María Miquel (Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid). Las intervenciones programadas correspondieron a Elena Sánchez Jordán (Derecho civil, Universidad de La Laguna), sobre «La buena fe como criterio de protección de adquirentes y titulares de bienes inmuebles inscritos. Una reflexión a propósito de las últimas reformas de la legislación inmobiliaria»; Irene Navarro Frías (Derecho mercantil, Universidad de La Laguna), sobre «De la buena fe (como deber de mínimos) al deber de lealtad (como deber de máximos): la posición de los prestadores de servicios de inversión tras MiFID II»; Ana Cañizares Laso (Derecho civil, Universidad de Málaga), sobre «Ejercicio desleal del derecho y confianza legítima en que no se ejercitará, *Verwinkung*»; Andrés Domínguez Luelmo (Derecho civil, Universidad de Valladolid), sobre «Buena fe procesal vs. posibilidad de utilizar varias vías procesales para ejercer el mismo derecho»; Judith Solé Resina (Derecho civil, Universitat Autònoma de Barcelona), sobre «Las manifestaciones del principio de buena fe en las relaciones personales y familiares y el sesgo discriminatorio que provoca su aplicación por los tribunales»; Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez (Filosofía del derecho, Universitat de València), sobre «Buena fe y conmutatividad del comercio jurídico. A propósito de la reciente revisión de la jurisprudencia sobre la doctrina *rebus sic stantibus*»; Joaquín María Rivera Álvarez (Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid), sobre «Transparencia y buena fe en la contratación»; Sonia Esperanza Rodríguez Boente (Filosofía del derecho, Universidad de Santiago de Compostela), sobre «Buena fe. ¿A qué versión del positivismo jurídico conduce?»; Claudio Sarteá (Filosofía del derecho, Università degli Studi di Roma Tor Vergata), sobre «La buena fe desde una perspectiva iusfilosófica»; y Manuel Segura Ortega (Filosofía del derecho, Universidad de Santiago de Compostela). Renunciaron a presentar sus comunicaciones anunciadas los civilistas de la Universidad de Santiago de Compostela Antonia Nieto Alonso («La buena fe en las relaciones de vecindad»), Margarita Herrero Oviedo («La infalibilidad del folio registral y la buena fe») y Javier Lete («La buena fe contractual: ¿mito o realidad?»).

La tercera sesión ocupó la tarde del 28 de noviembre y se dedicó a los criterios, pautas o estándares de conducta como «buen padre de familia», «persona razonable» o «lex artis». La moderó Jesús Delgado Echeverría y contó con una ponencia de Ricardo de Ángel (Derecho civil, Universidad de Deusto), transmitida por videoconferencia; y otra de Juan Antonio García Amado (Filosofía del derecho, Universidad de León). En las intervenciones programadas participaron M.^a Carmen Gete-Alonso y Calera (Derecho civil, Universitat Autònoma de Barcelona), sobre «Sesgo de género en los estándares de conducta. En especial el buen padre de familia»; Pilar Gutiérrez Santiago (Derecho civil, Universidad de León), sobre «La lex artis médica en el ámbito de la anestesiología»; Josep Solé i Feliu (Derecho civil, Universitat de Girona), sobre «Estándares de diligencia en la profesión médica»; Davinia Cadenas Osuna (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), sobre «La lex artis frente a las cuestiones éticas planteadas en el ámbito sanitario: una cuestión controvertida»; Antonio Legerén Molina (Derecho civil, Universidate

da Coruña), sobre «¿Cómo determinar el «mayor interés» del menor y de la persona con discapacidad?»; Nuno Manuel Pinto Oliveira (Derecho civil, Universidade do Minho), sobre «Bons costumes e direitos fundamentais – entre a dignidade do indivíduo e as condições institucionais do desenvolvimento da pessoa»; Isabel Lifante Vidal (Filosofía del derecho, Universidad de Alicante), sobre «Dos concepciones a propósito de los conceptos jurídicos (esencialmente) indeterminados»; Victoria Iturralde Sesma (Filosofía del derecho, Universidad del País Vasco), «Estándares de conducta e indeterminación jurídica»; y Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz (Filosofía del derecho, Universidade de Santiago de Compostela), sobre «Conceptos especialmente vagos y conceptos extravagantes».

Los participantes en el Coloquio aprendimos y disfrutamos mucho en el encuentro, y solo lamentamos no haber tenido tiempo para discutir con más calma las muchas cuestiones de interés que fueron surgiendo. En todo caso, quedamos emplazados para la IV edición del Coloquio, que el profesor Moreso se ofreció a organizar en Barcelona.

Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUNIZ
Universidade de Santiago de Compostela

Congreso Internacional 70 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Valencia, 10-12 de diciembre de 2018

Durante los días 10, 11 y 12 de diciembre de 2018 se celebró en Valencia el Congreso Internacional 70 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, organizado por el Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València y la Fundación Canadá, con el Alto Patrocinio de la Presidencia de la Generalitat Valenciana y la colaboración de la Editorial Tirant lo Blanch, la Universidad Carlos III de Madrid, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Médicos sin Fronteras y Proem-Aid, además de la Facultad de Derecho, la Facultad de Ciencias Sociales y el Centre Cultural La Nau de la Universitat de València. El sentido de las Jornadas estuvo orientado por el lema del jurista alemán Rudolf Ihering, «todo derecho en el mundo tuvo que ser adquirido mediante la lucha». Como señaló el profesor Javier de Lucas, director del IDHUV y del Congreso, en el acto inaugural que tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad: «El Derecho en su mejor acepción es lucha por los derechos. Sólo así puede dejar de ser un instrumento de explotación, de discriminación, de dominación ilegítima, para convertirse en una herramienta digna, que ayude a la emancipación de todas las mujeres y los hombres, que ponga a su alcance la satisfacción de las necesidades básicas». Una lucha por los derechos que no podría mantenerse viva sin una decidida opción a favor del optimismo y de la esperanza, a pesar de, o precisamente por, la clara conciencia de lo mucho que aún nos separa del horizonte abierto por la Declaración.

Y, en efecto, el tono esperanzado marcó la atmósfera que se respiró a lo largo de los tres días intensos de intercambio de ideas y de experiencias en que se desarrolló el Congreso. El centenar de personas inscritas, y las otras tantas que asistieron a pesar de haberse superado el cupo y plazo de matrícula, mostraron un gran entusiasmo ante las cuestiones y retos planteados en las distintas sesiones, que, si bien sacaron a la luz múltiples carencias en la implementación de la DUDH, lejos de propiciar un pesimismo pasivo y conformista, proporcionaron claves de lectura que instaban a comprometerse intelectual y vitalmente en la realización de sus exigencias. Uno de los aspectos más reseñables de este evento internacional fue la capacidad de crear sinergias entre asistentes y participantes procedentes de muy diversos ámbitos: agencias y organismos internacionales, movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, centros de investigación y universidades, colegios profesionales, medios de comunicación, asociacionismo y sindicalismo, servicios públicos, comités de expertos..., congregados todos en un espacio de reflexión tan cargado de realismo como de impulso utópico. La gran repercusión mediática del Congreso y la presencia activa en las redes sociales fueron una muestra evidente del interés despertado y de la implicación de muy diferentes actores.

Coincidiendo con la fecha del aniversario de la Declaración, el día 10 de diciembre, la conferencia inaugural del Congreso, presentada por la profesora María José Añón, corrió a cargo de Stephane Dion, enviado especial de Canadá para la UE y Europa y embajador de Canadá en Alemania, quien alertó del riesgo populista, sobre todo desde el punto de vista de la inseguri-

dad etnocultural. A continuación, tuvieron lugar dos interesantes paneles, el primero sobre la lucha contra la discriminación de las mujeres, en el que intervinieron las profesoras Paz Lloria, M.^a Eugenia Rodríguez Palop, Ruth Rubio y Colleen Sheppard; y el segundo referido al debate sobre la universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural, del que fueron ponentes los profesores Letizia Mancini, Géraldine Galeote y Eduardo Ruíz Vieytez. Hay que resaltar que tanto estos dos paneles como los siguientes fueron preparados a través del envío previo de una serie de preguntas planteadas por los moderadores a los ponentes. No solo a estos efectos, sino en todos y cada uno de sus aspectos, el Congreso destacó por una cuidada preparación y una excelente organización que se puso de manifiesto hasta en los menores detalles.

En la sesión de tarde, la presidenta de la Fundación Canadá, Esther Mitjans, presentó la conferencia de Olivier Barsalou, profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas de la *Université du Québec* en Montreal (UQAM), que versó sobre el papel de John Peters Humphrey en la Declaración. El homenaje a este jurista canadiense, que tanto influyó en la redacción de la DUDH, se proyectó de alguna manera en el reconocimiento a toda una generación de defensores apasionados de los derechos humanos, cuyo recuerdo continúa resultando inspirador. Esta mirada al pasado para entender el presente y construir el futuro es compartida por Fabián Salvioli, relator especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre Verdad, Justicia, Reparaciones y Garantías de no repetición y expresidente del Comité de Derechos Humanos de la ONU, quien en su conferencia «Los derechos humanos, en el centro de la escena estatal e internacional: nuevos paradigmas hacia la paz y la justicia», presentada por el profesor Luis Jimena, se refirió con vehemencia a la capacidad de interpelación de los derechos humanos, desde un modelo revolucionario ético y jurídico surgido al inicio de la segunda mitad del siglo xx y consolidado con el paso del tiempo.

El segundo día de las Jornadas, también caracterizado por una gran intensidad de actividades desarrolladas como el día anterior en el Paraninfo y en el Aula Magna del Edificio La Nau de la Universitat de València (un marco privilegiado en cuyo Claustro también se pudo contemplar la Exposición del *Canadian Museum on Human Rights*), tuvo como eje central la intervención del profesor Sami Nair, presidente, junto al profesor Javier de Lucas, del Comité Científico del Congreso y doctor *honoris causa* de nuestra Universidad, que pronunció la conferencia titulada «¿Qué significa hoy universalidad de los derechos?», pregunta que constituye el nudo gordiano de los interrogantes planteados en torno a la DUDH, como se reflejó en distintos medios de comunicación muy atentos a su posición sobre el tema. La otra conferencia del día, a cargo de la antropóloga, ingeniera, militante y activista ecofeminista Yayo Herrero (UNED), «La lucha por los derechos: el ecofeminismo», tuvo asimismo un amplio eco entre los asistentes, contagiados por su deseo de revertir la desvinculación de la economía y la política respecto a la vida. La tarea de presentar a los dos conferenciantes fue asumida, respectivamente, por los profesores Javier de Lucas y Fernando Flores.

Además de estas dos conferencias, en las sesiones de mañana y de tarde del día 11 de diciembre, numerosas voces de expertos y agentes sociales se pronunciaron sobre un orden de cuestiones relacionadas con los derechos humanos especialmente candentes en la actualidad. En el panel sobre «Inmigrantes y Refugiados. Los derechos en un mundo de movilidad» participaron Elena Arce, Idil Atak, Pablo Ceriani y Paloma Favieres. El panel titulado

«Internet: el impacto en los derechos» reunió a otras tantas personalidades relevantes como Tomás de la Quadra, Diego Naranjo, Miguel Ángel Presno y Ofelia Tejerina. A continuación, bajo el título «¿Derecho al trabajo, derechos sociales en un mundo sin trabajadores?», intervinieron como ponentes Antonio Baylos, Belén Cardona, Luis Jimena e Ignacio Fernández Toxo. Y, por último, el panel «La Jurisdicción Universal: ¿ideal al alcance?» contó con las ponencias de José Elías Esteve, María Chiara Marullo, Maite Parejo Sousa y Manuel Ollé.

El tercer día de Congreso, cuya sede se trasladó del Edificio histórico La Nau a la Biblioteca de Ciencias Sociales Gregori Maians de la Universitat de València, se inició con la conferencia, presentada por la profesora Ángeles Solanes, de Francisco Fernández Marugán, defensor del pueblo de España, titulada «Los defensores de los derechos humanos», en la que explicó el importante papel jugado por la institución que representa, a la hora de tutelar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Dos paneles de gran interés, en los que participaron personas implicadas en la protección de los derechos humanos incluso a riesgo de la propia vida, completaron la mañana del 12 de diciembre: «Informar sobre los derechos humanos», a cargo de cuatro destacados periodistas: Javier Bauluz, Cristina Sánchez, Gervasio Sánchez e Isabel Vega; y «El papel de las ONG en la defensa de los derechos humanos», en el que pudo escucharse el testimonio de quienes trabajan día a día en la salvaguarda de los derechos de las personas más vulnerables a través de acciones humanitarias y campañas de concienciación social: Mila Font, Estrella Galán, Manuel Blanco y Manuel Colomer.

La tarde del último día de las Jornadas se abrió con la exposición de un resumen de las 37 comunicaciones aceptadas, entre las muchas presentadas al Congreso, por parte del profesor José Antonio García Sáez, quien hizo un gran esfuerzo de síntesis dada la variedad de los textos seleccionados, algunos de los cuales fueron comentados también muy brevemente por sus propios autores. El número y calidad de las comunicaciones son una prueba más de la relevancia académica de las Jornadas y del poder de atracción que despertó entre jóvenes investigadores y otros colectivos interesados en los derechos humanos.

A continuación, y como colofón al Congreso, la profesora Consuelo Ramón presentó a José Ramón Cossío, ministro de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos Mexicanos y ponente de la Declaración de deberes universales, quien puso el broche de oro a las Jornadas gracias a la conferencia «Una nueva declaración de derechos y deberes». En consonancia con la significación científica y pública de esta y del resto de intervenciones en el Congreso, el profesor Javier de Lucas, en el Acto de Clausura, mostró su satisfacción por el éxito del evento y manifestó su reconocimiento a todas las instituciones y personas que lo hicieron posible. Consideraciones finales que estuvieron marcadas por la emoción y la convicción, bajo el prisma de la responsabilidad que genera la acción y la reflexión en torno a los derechos humanos.

El Congreso Internacional 70 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha hecho palpable la vitalidad y la relevancia científica del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, fundado y dirigido por el profesor Javier de Lucas, que, como señaló la rectora Mavi Mestre en el mensaje inaugural, es «un centro de investigación multidisciplinar, de formación y sensibilización a través de la docencia, la reflexión y el diálogo, integrado por un equipo de prestigio internacional que proyecta los

valores universitarios y los derechos humanos a nivel global». Un centro, el IDHUV, que, en palabras del president de la Generalitat Valenciana, Ximo Puig, ha mostrado una vez más la capacidad de «compartir sus conocimientos y seguir promoviendo y divulgando el contenido universal de la que es, como denominó Eleanor Roosevelt, la Carta Magna de la Humanidad».

Emilia BEA
Universitat de València

IV

OBITUARIO

*En memoria de Mario Ruiz Sanz*¹
(Víctor Merino Sancho. Universitat Rovira i Virgili)

En abril de 2018 nos dejó nuestro querido amigo y compañero Mario Ruiz Sanz. Transcurridos apenas unos meses desde su adiós, se organizaron tres actos dedicados a honrar su memoria. Los tres encuentros, celebrados en octubre y noviembre de 2018, tuvieron como ejes centrales las contribuciones de Mario a la Filosofía del Derecho y a la enseñanza de esta disciplina a través del cine, es decir, sus principales intereses y los campos a los que consagró su fértil trayectoria investigadora y docente.

*

El primer homenaje tuvo lugar el 18 de octubre en la Universitat de València, donde Mario estudió la licenciatura de Derecho y se doctoró bajo la dirección del profesor Javier de Lucas, coordinador del acto. Concebido como la primera edición de una serie de seminarios en recuerdo de Mario que se celebrarán con periodicidad anual, el encuentro congregó a profesores de distintas universidades del país.

La jornada fue inaugurada por Javier de Lucas, catedrático de Filosofía del Derecho y director del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, el profesor Javier Palao, decano de la Facultad de Derecho de la Universitat de València, el profesor Vicente Bellver, director del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universitat de Valencia y Salvador Vives, director de la editorial Tirant lo Blanch. Los intervinientes recordaron la infatigable labor académica de Mario, sus aportaciones a la Filosofía del Derecho durante los años en los que se hizo cargo de la Secretaría y, posteriormente, la Dirección de los *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* y el *Anuario de Filosofía del Derecho*, y su muy relevante labor como secretario de la colección «Cine y Derecho», editada por Tirant lo Blanch. Todos los encargados de abrir el encuentro hicieron hincapié en el buen hacer, el tesón y la competencia de Mario en la investigación y la docencia de

¹ Agradezco la lectura y la revisión del texto a María José Añón y Pablo Miravet.

la Filosofía del Derecho, así como en su devoción por el séptimo arte y su erudición cinéfila.

El seminario prosiguió con una mesa redonda sobre el legado de Mario, dos interesantes ponencias –leídas, respectivamente, por Alfonso García Figuroa y Benjamín Rivaya– y una mesa redonda final dedicada al quehacer del homenajeado en la colección «Cine y Derecho».

En la primera mesa, los participantes evocaron el insustituible papel de Mario en el Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona. El joven Mario llegó a esta universidad el año de su creación, 1992; desde el principio, sobresalió por su trabajo tenaz y su afán por consolidar el nuevo centro universitario, aspiración que se materializaría en el desempeño comprometido y riguroso de sus labores docente, investigadora y de gestión. Mario ocupó diversos cargos: fue vicedecano de la Facultad, primer director del Departamento de Derecho Público y secretario general de la Universitat Rovira i Virgili. La relevancia del trabajo de Mario en Tarragona fue destacada por Jaime Vernet, catedrático de Derecho constitucional, y por la profesora Angeles Galiana, –intervención leída por el profesor Víctor Merino– que relató la gestación, bajo el decidido impulso del homenajeado, del primer seminario sobre cine y Derecho, encuentro que ya en su primera edición fue un éxito y que tendría continuidad en años posteriores. El afianzamiento de este seminario brindó a Mario la oportunidad de desarrollar su personalísimo enfoque docente, que tuvo ocasión de exponer en sus textos sobre la enseñanza del Derecho –y, particularmente, de la Filosofía del Derecho– a través del cine, pero también en sus contribuciones sobre el propio arte cinematográfico. En diversas ocasiones, los miembros de la mesa hicieron referencia al decálogo sobre la enseñanza del Derecho mediante el cine. La profesora Cristina García Pascual abundó en la pasión que Mario sentía por la cinematografía, entusiasmo que supo transmitirnos a todos y que siempre se tradujo en una actitud de respeto hacia el séptimo arte, al que no concebía como una herramienta adjetiva en la enseñanza, sino como una verdadera fuente de conocimiento y aprendizaje.

En la primera ponencia, Alfonso García Figuroa, catedrático de Filosofía del Derecho, trajo a la memoria de los presentes la personalidad *trekkie* del homenajeado. Con apoyatura en la obra de Kurt Vonnegut, García Figuroa expuso algunas líneas esenciales de los trabajos de Mario para ponderar la relevancia de sus análisis, y subrayó la importancia del cine y la literatura en la comprensión de aspectos clave de la Filosofía Política.

Por su parte, el profesor Benjamín Rivaya dedicó su ponencia a la investigación que Mario realizó sobre el cine de Berlanga, temática que engranó con reflexiones sobre su capacidad para el estudio de cuestiones centrales de la Filosofía del Derecho, entre ellas la racionalidad y la coherencia del sistema jurídico, y de categorías como la dignidad humana o la discriminación.

Como se ha señalado, en la mesa redonda final, varios profesores rememoraron la importantísima tarea desarrollada por Mario para impulsar y consolidar la colección «Cine y Derecho» de la editorial Tirant lo Blanch, excelente *rara avis* en el panorama de la edición jurídica. Federico Arcos, de la Universidad de Almería, María José González Ordovás, de la Universidad de Zaragoza, y Raúl Susín, de la Universidad de La Rioja recordaron la estrecha colaboración que mantuvieron con él durante la preparación de las obras que publicaron o editaron en la colección. En la mesa final también intervino Javier de Lucas, director de la colección, que subrayó que Mario fue el autor del primer libro de la misma, dedicado a *El verdugo* y a la obra de Berlanga,

y tuvo ocasión de recordar afectuosamente el respeto y el cariño que Mario y él se profesaron desde los inicios de la carrera académica del homenajeado.

*

El segundo encuentro dedicado a rendir tributo a Mario tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid el 5 de noviembre. Enmarcada en el V Congreso Internacional «El tiempo de los derechos» – congreso que constituye una de las actividades de la Red temática «El tiempo de los derechos»–, la jornada fue organizada por el Observatorio de Derechos Humanos de la misma universidad. En la mesa, moderada por la profesora Cristina García Pascual, participaron María José González Ordovás, de la Universidad de Zaragoza, Ángeles Galiana, de la Universitat Rovira i Virgili, Javier Ansuátegui, de la Universidad Carlos III de Madrid y Javier de Lucas, de la Universitat de València. Las dos primeras intervinientes reiteraron ante los compañeros de las universidades de la red algunas de las sentidas palabras que habían vertido en el seminario celebrado en Valencia. La profesora González Ordovás dejó pública constancia de la amistad que unía a Mario con los miembros del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza y ahondó en la remembranza del entusiasmo con el que Mario acogía las propuestas de publicación para colección «Cine y Derecho». En su intervención, la profesora Galiana evocó de nuevo la perseverancia con la que Mario trabajó para crear y dar continuidad el seminario permanente sobre cine y Derecho de la Rovira i Virgili, y habló también de su apasionada afición por la cinematografía. Por su parte, Javier Ansuátegui hizo referencia al profundo aprecio de los profesores de la Universidad Carlos III que Mario se granjeó durante la estancia de investigación que realizó en este centro – que el homenajeado consideraba su «tercera universidad»–. Además de destacar la eficacia de la ejecutoria de Mario en los diversos cargos de gestión que ocupó, Ansuátegui encomió los niveles de excelencia que alcanzaron tanto los *Cuadernos Electrónicos de Filosofía* como el *Anuario de Filosofía del Derecho* bajo su exigente trabajo de coordinación y dirección. Por último, el profesor de Lucas glosó en su discurso la lucidez y la inteligencia crítica con la que Mario solía argumentar sobre cuestiones altamente complejas, y ejemplificó esta actitud intelectual recordando los debates que mantenía recurrentemente con el homenajeado sobre la importancia que determinados profesores atribuyen a la metodología, así como sus inacabables discusiones sobre las tesis de Bacon.

*

El tercer y último acto de homenaje tuvo lugar el 14 de noviembre en Tarragona. Allí se reunió un nutrido grupo de profesores del Instituto de Derechos humanos y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universitat de València junto a los compañeros de la Universitat Rovira i Virgili para recordar la figura de Mario. En la apertura, la rectora María José Figueres señaló que este tipo de actos son necesarios para mantener vivo el recuerdo de quienes han construido y construyen día a día la universidad, actos que, agregó, resultan especialmente pertinentes en el caso de aquellas personas –tal fue el caso de Mario– que han ocupado cargos de gestión relevantes. A continuación, el profesor Javier de Lucas evocó con brillantez a Mario en una intervención centrada en «la mirada cinéfila» del homenajeado. En su emoti-

va exposición, de Lucas recordó la pasión de Mario por el cine y su especial talento para abordar cuestiones teóricas difíciles con una fina claridad analítica, virtud que desde el principio caracterizó su actividad investigadora. El acto continuó con una semblanza realizada por varios profesores con los que Mario compartió su trabajo en la universidad. El profesor Jaume Vernet redundó en las elogiosas palabras que pronunció en el encuentro de la Universitat de València. En su breve y conmovedor discurso, la profesora Ángeles Galiana expresó su aprecio y consideración hacia Mario, que fue el director de su tesis doctoral, desde su condición de amiga y compañera de área. Igualmente emotiva fue la intervención de la profesora Catalina Jordi, compañera que formó parte de los proyectos de investigación que dirigió Mario. Por su parte, Cristina García Pascual, profesora de la Universitat de València que, con sus visitas a la Universitat Rovira y Virgili, ejemplificó el sólido vínculo que Mario forjó entre ambas universidades, señaló, al igual que hiciera en la jornada de Valladolid, que las palabras finales de la introducción a *La construcción coherente del Derecho* –seguramente, la obra iusfilosófica más ambiciosa de Mario– constituyen un fiel reflejo del carácter del homenajeado y de su admirable capacidad de esfuerzo y superación. La mesa se cerró con la intervención de un estudiante, Aitor Macías, que retrató a Mario como un profesor que motivaba a sus estudiantes en cada clase, incentivándolos a pensar más allá de la letra de los manuales y a ser estudiantes críticos comprometidos con la justicia y la lucha por los derechos.

Tras estas intervenciones, se celebró un acto simbólico en el que se hizo efectiva la donación realizada por la viuda de Mario, Isabel Boix, al Aula de Cine de la Universitat Rovira i Virgili mediante la entrega de una de las numerosas cajas del fondo filmográfico de Mario que contenía más de 800 títulos. Posteriormente, los miembros del área de Filosofía del Derecho de la Universitat Rovira i Virgili dieron cuenta de los trámites, ya iniciados, para que el Aula de Cine lleve el nombre de Mario. El profesor de Historia del Arte y director del Aula de Cine, José Carlos Suárez, enfatizó el apoyo continuo de Mario al Aula de Cine y su constante colaboración con la misma, y explicó que el entusiasmo por el cine y la enseñanza del Derecho a través del cine propició la creación y consolidación de redes relacionales no solo con profesores de Derecho, sino también con docentes de otros ámbitos de conocimiento de la Rovira i Virgili y otras universidades. Como relataron los profesores de Lucas y Suárez, esta pasión por el cine suscitó la sorpresa y admiración de Luís García Berlanga cuando conoció –y tuvo ocasión de escuchar– los análisis de sus películas realizados por Mario. La intervención final, titulada «Conversaciones crepusculares: paseando con Mario Ruiz», corrió a cargo del catedrático *ad honorem* de la Universitat Rovira i Virgili, el profesor Gonzalo Quintero, que evocó la personalidad de Mario y recordó la altura y la brillantez de las controversias teóricas que mantuvo con él sobre cuestiones aparentemente irrelevantes o simples, pero que a juicio de ambos merecían un análisis detallado y minucioso.

*

El profesor Mario Ruiz Sanz ha dejado una huella indeleble entre nosotros. Así lo demuestran los sinceros testimonios de cariño, afecto y aprecio a su persona, los contenidos encarecimientos de su ejemplar entereza ante la enfermedad y las evocaciones de su valía intelectual, su aguda inteligencia y su competencia que pudimos escuchar en los tres homenajes reseñados en

esta breve nota. Cabe, por otra parte, señalar que el hecho de que los participantes en los tres encuentros pertenecieran a un amplio elenco de universidades del país constituye una prueba de la impronta de Mario en nuestra disciplina. En todo caso, no quisiera finalizar este texto sin hacer referencia a una constante que presidió los tres actos: la sonrisa de los allí presentes en recuerdo del humor cáustico, disolvente, irónico, mordaz, incisivo y original –pero también profundamente humano– de nuestro querido y añorado Mario. Si bien es cierto que todos guardamos nuestro recuerdo de Mario, también lo es que debemos sonreír al recordarlo, pues sin duda es así, con una sonrisa, como él querría que le recordásemos.

El antinormativismo de Danilo Zolo Roger Campione (Universidad de Oviedo)

El honor y la confianza que ha querido brindarme el *Anuario de Filosofía del derecho* para escribir estas líneas en memoria de Danilo Zolo se han visto acompañadas por una emoción ambivalente: de cierta comprensión por el encargo, pues no hay duda de que Zolo es uno de los autores que más han influido en mi formación iusfilosófica, pero a la vez me ha invadido una sensación de íntima inadecuación, porque no he tenido con él una verdadera relación personal ni he sido, técnicamente hablando, uno de sus discípulos. Las ocasiones de colaboración entre nosotros se han debido esencialmente a una disposición académica muy abierta, a la par que exigente, por su parte. Así pues, por una obligada profesión de humildad, he de decir que quienes quieran leer un recuerdo bio-bibliográfico de Zolo, escrito por alguien que estuvo realmente cerca de él a lo largo de los años, pueden acceder al texto de Luca Baccelli¹. Y los que deseen conocer en profundidad su itinerario teórico también cuentan con un magnífico artículo de Pietro Costa². Por mi parte, sirviéndome también de estas fuentes, aportaré una visión personal buscando un enfoque diferente: una mirada destinada al lector bregado en la filosofía del derecho en España, contexto temático y geográfico en el que, a mi modo de ver, Danilo Zolo no goza de la fama y difusión que merecería, debido a su difícil encaje en el *mainstream* filosófico-jurídico hispánico de las últimas décadas. En consecuencia, me propongo en estas páginas introducir algunas claves del pensamiento de Zolo que, en mi opinión, manifiestan su gran envergadura científica —una parte importante de la cual estriba precisamente en su constante capacidad de ir más allá de la mera reflexión teórica intra-académica— salpicadas de algún recuerdo o percepción personal que puedan contribuir a una mejor comprensión de algunos aspectos de su carácter universitario. Puede que ello resulte algo banal o estereotipado pero asumiré ese riesgo.

Dos imágenes visuales me transmiten un rasgo profesional que Danilo Zolo ha mostrado con nitidez a lo largo de su prolífica carrera intelectual. Una es la foto que lo retrata con Norberto Bobbio el día en que este fue nombrado Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Camerino, en 1997, publicada en *L'alito della libertà*, el libro en el que Zolo ha recopilado sus trabajos sobre Bobbio³. Los dos se miran con atención; la impresión es la de un maestro que, sujetando el bastón con una mano, le está diciendo algo al discípulo, que escucha con atención. No habría ningún misterio en ello: Zolo ha reiterado en muchas ocasiones la profunda huella que le dejó el *magister* turinés. El libro mencionado empieza justamente con estas palabras: «A partir de los primeros años setenta, Norberto Bobbio ha sido para mí una referencia intelectual y moral». En la foto, con la otra mano Bobbio coge del brazo a Zolo que actúa, lo noto en la estampa, como grato punto de apoyo del

¹ <http://www.sifp.it/articoli-libri-e-interviste-articles-books-and-interviews/in-memoria-di-danilo-zolo>. Con posterioridad a la redacción de mi texto ha aparecido, en forma más extensa, L. Baccelli, “Ricordo di Danilo Zolò”, en *Iride, Filosofia e discussione pubblica*, 3/2018, pp. 445-456.

² <http://www.juragentium.org/topics/thil/costazolo.html>

³ ZOLO, D., *L'alito della libertà*. Su BOBBIO, Milán, Feltrinelli, 2008, p. 134.

maestro. Para alguien como yo, que ha conocido a Zolo más por sus escritos que personalmente, esta ilustración es una alegoría significativa de su talento científico: consciente y hondamente respetuoso con la deuda intelectual contraída y, sin embargo, erguido al lado del gran sabio, mostrando aquella independencia y emancipación que nunca lo ha detenido a la hora de criticar sus tesis, incluso con severidad. No se trataba ni mucho menos de una excepción debida a la relación personal que le unía a Bobbio; es más, acostumbraba a hacerlo sobre todo con los *popes* de la filosofía política y jurídica, daba igual que se tratara de Kelsen, Habermas o Sartori. Se lo hacía notar el mismísimo Bobbio en una carta de 1996: «tú no criticas a tus adversarios, más bien los derribas, los arrasas»⁴.

Lo que testimonia la foto es que hacia los que le habían marcado también en lo personal, las críticas eran directamente proporcionales al cariño públicamente manifestado. Y esto tiene que ver con la segunda imagen a la que aludía antes: una vez asistí a uno de los *Convegni italo-spagnoli* de filosofía del derecho, en Siena, y en una mesa redonda sobre algo que no recuerdo bien, pero relacionado con el terrorismo internacional, intervenían Zolo y Ferrajoli, sentados uno a lado del otro. Pues bien, si Ferrajoli decía X Zolo contestaba lo contrario de X; si un Ferrajoli estupefacto rebatía que eso implicaría entonces Z (dando a entender que Z sería un escenario nefasto) Zolo echaba más leña al fuego auspiciando Z al cuadrado. Y mientras radicalizaba su tesis en las antípodas del querido amigo, con el que mantuvo una intensa relación personal e intelectual desde los años setenta⁵, se le acercaba físicamente para abrazarle con creciente afecto. Así es como yo lo recuerdo, intelectualmente severo a la par que cariñoso. No he tenido ocasión de verle en los últimos tiempos, pero me mantenía informado de su estado de salud gracias a algunos de sus discípulos y amigos, también míos, como Filippo Ruschi, miembro de aquella admirable escuela florentina que Danilo Zolo supo alentar y cultivar con pasión y entrega científica. Una escuela cuya identidad y herencia intelectual quedan reflejadas en el *Centro Jura Gentium*, fundado por Zolo en 2001 y que hoy se expresa principalmente en la homónima revista, un referente obligado para cualquier cultor riguroso de la filosofía del derecho internacional. Pero esto es el presente y recordar a alguien impone hablar del pasado.

Si hubiera de indicar las áreas temáticas que han ocupado la extensa producción científica de Zolo, nacido en Rijeka (Croacia) en 1936, diría que han sido esencialmente tres: la epistemología de las ciencias sociales (y de la ciencia en general), la teoría política y la filosofía del derecho internacional. Anillos distintos, qué duda cabe, pero pertenecientes al fin y al cabo a la misma cadena iusfilosófica. Y en el caso de Zolo, a pesar de las diferencias entre las materias, se puede hablar de un *continuum* teórico condicionado por una especial sensibilidad hacia los cambiantes escenarios científicos y sociopolíticos de su tiempo. La importancia de la perspectiva epistemológica en sus obras aflora ya desde los análisis que en los años setenta Zolo dedica a la doctrina marxista del Estado y del derecho, para consolidarse en la década sucesiva como plataforma reflexiva orientada a mostrar la insuficiencia

⁴ IVI, p. 171. Ya en una carta de 1978, refiriéndose a un trabajo de Zolo en respuesta a Althusser, BOBBIO manifestaba compartir su crítica, si bien, le decía, «tu estilo polémico es más duro que el mío» (p. 141).

⁵ FERRAJOLI, L., ZOLO, D., *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milán, Feltrinelli, 1978.

metodológica de la ciencia política, caracterizada por un reduccionismo *behaviourista* y un empirismo dogmático. En *La teoría comunista dell'estinzione dello Stato*, la problematización de un asunto nuclear de la doctrina marxista, como el de la transición al comunismo, no puede prescindir según Zolo de los análisis proporcionados por la escuela de Galvano Della Volpe, que ha tenido el mérito de «abrir la inteligencia marxista a los estímulos de la lógica y la epistemología modernas»⁶. La teoría de la extinción del derecho y del Estado asume, en los autores dellavolpianos, la forma de una trasposición epistemológica: «pierde el carácter de conclusión histórica necesaria de un desarrollo lineal de la sociedad de transición, para adquirir el estatuto epistemológico de una deontología política revolucionaria, sustentada en la racionalidad de un hipótesis científica»⁷. Las carencias de la teoría marxista del Estado son reafirmadas en su siguiente obra, *Stato socialista e libertà borghesi*, en la que dedica una precisa atención al profundo disenso existente en torno al estatuto epistemológico del marxismo por parte de sus intérpretes⁸.

El tránsito crítico por los textos marxianos y marxistas denota un rasgo esencial de la visión epistemológica que Zolo desarrollará en la década de los ochenta: el rechazo del cognitivismo ético y científico. Lo hará apostando por una «epistemología reflexiva» cuyas premisas hallan un agarre firme en la reconstrucción del pensamiento de Otto Neurath, uno de los fundadores del Círculo de Viena, intelectual atento y comprometido con la acción política, y protagonista de aquel *Methodenstreit* que contribuyó al desarrollo de una perspectiva metodológica post-empirista, liberada del reduccionismo positivista y neopositivista que representan, para Zolo, el intento más radical de negación lógica y científica de la complejidad epistemológica⁹. Lo que Zolo entiende por una epistemología reflexiva crítica hacia el empirismo dogmático está ilustrado de manera sintética precisamente por la metáfora neurathiana, celebrada por Quine, de los marineros que se ven obligados a arreglar su barco en mar abierto, sin poder llevarlo a la orilla y que, por tanto, mientras lo reparan, tienen que mantenerse a flote sobre las viejas estructuras amenazadas por la tormenta. El tajante rechazo de la teoría de la verdad como correspondencia, junto con la imposibilidad de una observación científica pura y exenta de juicios de valor, implícitos o explícitos, derivados de la inevitable influencia que los factores históricos, sociales y culturales ejercen en el desempeño de la actividad científica, constituyen el núcleo de su opo-

⁶ ZOLO, D., *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, Bari, De Donato, 1974, p. 10.

⁷ *Ibid.*, p. 63. Aun señalando los límites de la crítica de Della Volpe, Zolo remarca el incomparable mérito de que fue el primero en intentar emancipar, sin éxito, el marxismo del desastre epistemológico al que lo había arrojado la tradición ortodoxa (*Stato socialista*, 81). Entre las reconstrucciones teórico-políticas del pensamiento marxista cabe mencionar también ZOLO, D., *I marxisti e lo Stato*, Milán, Il Saggiatore, 1977.

⁸ ZOLO, D., *Stato socialista e libertà borghesi. Una discussione sui fondamenti della teoria politica marxista*, Roma-Bari, Laterza, 1976, p. XIII. De hecho, el título de la comunicación que dio origen al libro se titulaba «Epistemología y teoría política en las interpretaciones del pensamiento marxista».

⁹ ZOLO, D., *Scienza e politica in Otto Neurath. Una prospettiva post-empiristica*, Milán, Feltrinelli, 1986 [ed. ing., *Reflexive Epistemology. The Philosophical Legacy of Otto Neurath*, Boston, Kluwer, 1989].

ción al realismo epistemológico. En este sentido, la *received view* neopositivista asume una condición de cientificidad muy problemática: que la verificación de una teoría se obtenga mediante la confrontación entre proposiciones lingüísticas y «realidad fáctica»¹⁰, como si se pudiese distinguir en términos rigurosos el lenguaje observacional del lenguaje teórico. Desde la perspectiva «post-empirista» que Zolo explora, las dificultades epistemológicas de las ciencias sociales dependen de la mayor complejidad del objeto de estudio y de la rapidez con la cual aumenta tal complejidad en las sociedades modernas. No sólo: las «dificultades derivan además del carácter particularmente exigente de las preguntas a las cuales se espera que las ciencias humanas sepan contestar para que puedan considerarse «relevantes» y no banales»¹¹. Conforme al modelo reticular de las ciencias defendido por autores como Quine y Hesse, el progreso de la ciencia responde a criterios pragmáticos más que de aproximación lineal, aunque asintótica, a la verdad. Zolo comparte esta idea que, aparte de la dificultad de separar el lenguaje de la observación del teórico, apunta a una definición de la ciencia como empresa histórico-social, basada en el consenso organizado (cuyos criterios de racionalidad son históricamente variables) dentro de comunidades científicas, y a la falta de fundamento de la contraposición idealista entre las ciencias naturales (nomológicas) y las sociales (hermenéuticas). Por eso los científicos sociales y los científicos naturales están todos en el mismo barco de Neurath. Los distintos saberes solo pueden adquirir un estatuto científico si son entendidos como análisis sociológicos de su objeto: nos podemos preguntar, escribe Zolo «si es viable, en términos absolutos, una «reconstrucción racional», no normativa, del método científico o si, en cambio, solamente es posible una sociología de las prácticas y los valores de las comunidades científicas»¹².

Estas tesis traspasan el ámbito de la epistemología general y precipitan con extraordinaria coherencia en sus aportaciones a la teoría política, cuyo punto álgido está sin duda representado por *Il principato democratico*¹³, una obra donde Zolo, que mientras tanto había contribuido a la introducción en Italia del funcionalismo sistémico de Luhmann, parte de la noción de complejidad social para realizar un análisis realista de la democracia en las sociedades post-industriales. El tránsito hacia un realismo político caracterizado por una crítica radical de la autonomía del universo normativo aparece así como un desenlace natural de su epistemología reflexiva, sobre todo teniendo en cuenta su constante proyección fuera de los palacios académicos para dar consistencia social a sus reflexiones teóricas. Cuando lo conocí, alrededor del año 2000, fui a verle a la sede florentina de *Piazza Indipendenza* y nos reunimos en un aula donde él acababa de examinar. Le había pedido cita porque andaba yo enfrascado con un capítulo de mi tesis doctoral dedicado a la filosofía de la ciencia y sus escritos, especialmente *Complessità e democrazia*, me habían resultado muy útiles no solo desde el punto de vista formativo sino también para pergeñar mi propia interpretación del tema. Empezamos a

¹⁰ ZOLO, D., *Complessità e democrazia. Per una ricostruzione della teoria democratica*, Turín, Giappichelli, 1987, p. 176.

¹¹ *Ibid.*, p. 174

¹² *Ibid.*, pp. 245-246.

¹³ ZOLO, D., *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Milán, Feltrinelli, 1992 [2.ª ed. 1996] (ed. cast, *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994).

hablar y al cabo de veinte minutos, al ver mi entusiasmo por el significado metateórico de la mecánica cuántica y la cibernética de segundo orden, me paró en seco y me exhortó a poner un punto final a mis indagaciones en la materia. El estudio epistemológico, me dijo, está muy bien y todo científico social debería afrontarlo; sin embargo, me aconsejó con vigor, hay que saber dejarlo a tiempo para dedicarse a cuestiones de otro calado.

La perspectiva epistemológica *context-dependent* adoptada por Zolo, basada como se ha visto en la imposibilidad de liberar el conocimiento del horizonte histórico-social, alumbró un componente valorativo siempre presente en el lenguaje teórico. En su discurso, tal epistemología reflexiva afectada, por tanto, con más fuerza todavía al universo normativo. En *Il principato democratico* emerge con claridad cristalina un rasgo fundamental del pensamiento filosófico-jurídico de Danilo Zolo: el antinormativismo. En un doble sentido: como negación epistemológica de la posibilidad de construir una teoría pura del derecho (al estilo kelseniano) y de la política (al estilo sartoriano) y como renuncia a cualquier pretensión de cognitivismo ético y, por tanto, de universalismo normativo, «como es el caso, por ejemplo, de la teoría de la justicia de John Rawls. Tan solo sobre la base de una implícita metafísica realista, que conciba el conocimiento como intuición de la verdad o como descubrimiento de las ‘leyes de la Naturaleza’, se puede pretender deducir una deontología de una ontología subyacente, recabando imperativos de aserciones, proposiciones prescriptivas de proposiciones descriptivas»¹⁴. Como ha señalado con tino Pietro Costa, nos hallamos ante una «estrategia de la sospecha», frente al discurso normativo, dirigida a evitar una falacia doble: no solo la consabida falacia naturalista, ontológica, sino también la falacia deontológica, en la que se incurre si olvidamos que en los procesos cognoscitivos influyen elecciones ligadas a valores y formas de vida determinadas y pretendemos, en consecuencia, presentar como normas de alcance universal reglas de conducta inevitablemente condicionadas por factores subjetivos. En un sentido filosófico-político, Zolo no sucumbe ante un principio metafísico clásico de la democracia representativa, el de considerar la racionalidad y la autonomía de los individuos como un presupuesto y no como un objetivo problemático en el contexto de las sociedades complejas. El rechazo del moralismo político desde un realismo político que no ofrece alternativas consoladoras le granjea las acometidas de autores como Bauman, aparte de la crítica de Bobbio, quien en una carta de 1992 le señala el aspecto más débil de su libro: que tras haber rechazado todas las teorías anteriores sobre la democracia, al final no proponga ningún modelo nuevo, dejando al lector con las manos vacías y con la duda de qué alternativas puede haber a la degeneración oligárquica de los regímenes democráticos¹⁵.

El propio Zolo, un par de años después, en un muy saludable a la par que divertido ejercicio de autoflagelación intelectual¹⁶, reconoce que la polémica con el moralismo anglosajón de impronta rawlsiana ha quedado atrás, supera-

¹⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹⁵ ZOLO, D., *L'alito della libertà*, op. cit., p. 157.

¹⁶ Me refiero a los *Heautontimorumenos*, una sección de crítica bibliográfica de la revista boloñesa *Scienza&Politica*, en la que los propios autores de los libros se auto-recensionaban aceptando, con humor y mucho sentido autocrítico, el papel de «castigadores de sí mismos». Zolo reseñó *Il principato democratico* en el núm. 11 de 1994. Tal vez podría introducirse una sección parecida en el *Anuario*...

do por los acontecimientos internacionales, en especial desde la primera guerra del Golfo. Y tragedias como las de Bosnia y Ruanda habrían definitivamente impuesto un ejercicio de realismo político frente a las pretensiones universalistas del discurso normativo. No sorprende que Zolo, atento por vocación reflexiva a las mutaciones de los escenarios del orden, se vuelque en el análisis de las relaciones internacionales como principal banco de prueba de una filosofía político-jurídica al paso de los tiempos. Su antinormativismo realista se alimenta aún más, si cabe, en el análisis del orden internacional. Para dar cuenta de ello, bastaría sellar esta afirmación con la fórmula a la que Zolo remite en el título del libro dedicado a la «guerra humanitaria» de la OTAN en 1999 contra Serbia: en ese título rescata de Schmitt la «deshonesta ficción» manifestada en la máxima de Proudhon según la cual «quien habla de humanidad trata de engañarte»¹⁷. En el terreno internacional emerge con fuerza el creciente interés de Zolo hacia los cambios sociales impulsados por los procesos de globalización económica. En un libro que a juicio de quien escribe merecería ser leído por todo estudiante de filosofía del derecho, diagnostica con su habitual y sencilla lucidez (filológica y de pensamiento) que «en la arena internacional la relación entre derecho y poder es tan estrecha y tan ambigua que una filosofía del derecho internacional se vería reducida a una simple especulación normativa si no colocase en el centro de su teoría las muchas variables que tornan problemática la relación entre el derecho *in books* y el derecho *in action*; es decir, si no estudiase como objeto específico de la ‘ciencia jurídica’ la red de transacciones políticas, económicas y sociales mediante las cuales los principios y las reglas del derecho se convierten en disciplina efectiva de casos concretos»¹⁸. La desmitificación de las aspiraciones universalistas del discurso normativo, portadoras en realidad de intereses particularistas y hegemónicos, había quedado plasmada en *Cosmopolis*, una obra que ha tenido un notable alcance internacional y en la cual Zolo fustiga la distancia insalvable que existe entre los ideales del globalismo jurídico y su concreción histórica en el modelo de las Naciones Unidas. Podríamos decir que este sistema está sustentado en un «schmittiano» acto de mera voluntad política y no en un jurídicamente puro *Stufenbau* kelseniano. En lugar de un orden normativo universal sesgado por un defecto fundacional de estructura, debido a las asimetrías políticas heredadas de la Segunda Guerra Mundial, Zolo apuesta por un «equilibrio» multipolar que, inspirándose en la sociedad anárquica de Hedley Bull, no condena de por sí el sistema internacional a la incertidumbre constante, la violencia y el caos¹⁹. Zolo se nutre del realismo político de Schmitt para ahondar en la que considera una seria debilidad del universalismo normativo con respecto al nudo central de la filosofía del derecho internacional: la guerra. Desde premisas antropológicas y etológicas (Gehlen, Eibl-Eibesfeldt) que subrayan la estrecha relación entre guerra y agresividad, característica de la evolución cultural humana, Zolo tilda de ilusorio el pacifismo cosmopolita, jurídico e institucional, y apuesta por un paci-

¹⁷ ZOLO, D., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Turín, Einaudi, 2000.

¹⁸ ZOLO, D., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998 [trad. cast. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 123].

¹⁹ ZOLO, D., *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milán Feltrinelli, 1995, 2.^a ed. 2002, 3.^a ed. 2004 [trad. cast. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona, Paidós, 2000].

fismo débil que reconozca las diferencias –una transición desde la lógica del Leviatán hasta las mil cadenas frágiles de Liliput– y según el cual, podríamos decir con Bull, la alternativa histórica a la guerra no es la paz sino una violencia difusa y sin control. Todo intento de reconocer la guerra como éticamente «justa», tal como profesa la doctrina medieval del *bellum iustum*, relanzada en las últimas décadas bajo los ropajes de la «guerra humanitaria», implicaría caer de nuevo en la falacia deontológica que justifica como acto de justicia universal una elección basada en realidad en un juicio de parte. Observando la evolución histórica de la doctrina de la guerra justa y el tránsito al régimen pluralista del derecho internacional se viene abajo la idea moralista e simplista de que es siempre posible, en presencia de un conflicto armado, establecer con argumentos éticos universales quién tiene razón y quién no. Había sostenido Schmitt en *Der Nomos der Erde* que la abolición jurídica de la guerra, sin una limitación efectiva, tiene como único resultado probable la aparición de nuevos tipos de guerra en los que el derecho internacional –esa obra maestra que fue para Schmitt el *ius publicum europaeum*– ya no sirve para el mantenimiento de ciertas garantías procedimentales: el enemigo, el que desde antiguo el *ius Gentium* consideraba como *iustus hostis*, pierde su condición de sujeto disciplinado por la ley internacional y se convierte en un criminal, un forajido, un pirata, un ser sin-derechos. Aun acogiendo estas tesis, Zolo manifiesta hondas reservas acerca de la reconstrucción schmittiana de la historia del derecho internacional, pues es bastante dudoso que el derecho público europeo que el jurista westfaliano celebra haya logrado una real atenuación de la violencia bélica durante sus dos siglos de vigencia, desde el Tratado de Münster de 1648, si reparamos en el expansionismo militar del colonialismo europeo o en las guerras napoleónicas, que Schmitt apenas menciona en su obra²⁰. Aquí aparece de nuevo un trazo del talante científico de Zolo que he podido comprobar personalmente; su suscripción o identificación con ciertos autores o teorías no estaba exenta de un espíritu lúcidamente crítico. Con ocasión de mi traducción al castellano de *I signori della pace* –una tarea que me resultó tan grata como fácil, pues su prosa era bella, precisa y profunda a la par que comprensible–, hallándome yo en Italia, Zolo me invitó a su casa florentina para conversar sobre el libro y también sobre mis primeras incursiones en los temas de la guerra. Al finalizar la charla, viendo las hipótesis que surgían de aquellas pesquisas incipientes, me recomendó estudiar a fondo la obra de Schmitt y lo hizo con mucha convicción. Pero ten mucho cuidado, me advirtió, porque Schmitt puede crear adicción y podrías quedarte prendado, y es muy importante mantener la necesaria distancia crítica para contextualizar su pensamiento, discernir sus debilidades y extraer su parte fecunda, que es mucha, de cara a una comprensión más cabal de la guerra desde el punto de vista iusfilosófico. También en este caso, se trató de un consejo precioso.

Hay una circularidad vital, me parece, en el itinerario científico de Danilo Zolo. La filosofía del derecho internacional y la política global han atraído su especial atención en esta tercera fase; buena prueba de ello es la puesta en marcha del Centro *Jura Gentium*. Sin embargo, tal inmersión en los problemas de las desigualdades en la sociedad globalizada, de la guerra y de la paz no dejan de ser también una vuelta al pasado, un retorno a una época anterior al tiempo académico. En el Prefacio a *Cosmopolis*, recuerda que su interés

²⁰ D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, 2006, Roma-Bari, Laterza, p. 6 y p. 95.

por las relaciones internacionales se remonta a comienzo de los años sesenta cuando el entonces alcalde de Florencia, Giorgio La Pira, lo involucró para colaborar en una singular experiencia de diplomacia extraoficial, desde abajo, en Israel y en países árabes del norte de África²¹. Y de aquellas precoces experiencias con políticos y diplomáticos de esos países, donde comprobó que sus apasionadas alocuciones sobre el diálogo entre religiones y culturas capitulaban ante la explícita predilección por estrechar lazos comerciales, viene su afinidad con el realismo maquiaveliano.

Nos ha dejado un intelectual en el sentido más noble de la palabra y un maestro que lo ha sido de verdad porque ha sembrado una escuela de muy alto nivel que se reconoce en muchas de sus enseñanzas. Un agudo observador de la realidad social, que hace casi treinta años supo ver que la creciente desigualdad entre los seres humanos estaba destinada a provocar en las décadas futuras considerables presiones migratorias y nuevas formas de xenofobia y discriminación. Sobre todo, fue profético en vislumbrar ya por entonces los delicados problemas que surgirían a causa de la interacción entre el formidable desarrollo de las tecnologías de la información y la gran mayoría de usuarios que no disponen de herramientas selectivas adecuadas para la cantidad y variedad de información circulante. El riesgo de una «reducción de complejidad» no suficientemente encauzada amenazaba, decía Zolo, los normales procesos de formación de las identidades individuales, y esas nuevas formas de socialización interferían en los canales tradicionales de constitución de las identidades colectivas²². Cuán reveladora resulta esta reflexión hoy en día y cómo sugiere estudiar más a fondo la obra de este autor.

En uno de sus últimos escritos, dedicado al miedo, la agresividad y el poder, lamenta que en Occidente haya quedado casi silenciada la percepción de la muerte y la mención a nuestra propia muerte. Recurre a una frase de Gehlen, la muerte se esconde tras puertas lacadas de blanco, para ilustrar como la hemos desplazado fuera de nuestro campo visual y hemos dejado tal privilegio a los pobres y desamparados del planeta que viven en desiertos sin puertas donde esconderse²³. Una lección que sin duda podemos aprender del ejemplo y la andadura intelectual de Danilo Zolo es que nuestra profesión académica adquiere verdadero sentido cuando se propone contribuir a la construcción de puertas en el desierto.

²¹ ZOLO, D., *Cosmopolis*, cit., p. 25

²² ZOLO, D., *Il Principato democratico*, cit., p. 33

²³ ZOLO, D., *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Milán, Feltrinelli, 2011, p. 12.

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una publicación oficial anual del Ministerio de Justicia con contenido científico y vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), dirigida desde mayo de 2018 por D.^a Ángeles Solanes Corella, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat de València. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y Filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión mínima 20 páginas y máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 80.000 caracteres con espacios, en general teniendo en cuenta el añadido obligatorio de una bibliografía final (dos o tres páginas, como máximo) con independencia del sistema de citas escogido. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y en su caso «times 10» para las notas al pie. Las notas al pie tendrán interlineado simple.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen y *abstract* de máximo de diez líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *keywords* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo el título en castellano y en inglés así como un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto tanto en castellano como en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas ni tener una extensión inferior a 6 páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres con espacios ni tener una extensión inferior a los 15.000 caracteres con espacios.

En todo caso, se recuerda a los autores que deberá utilizarse un lenguaje inclusivo y no sexista.

Los artículos y reseñas han de enviarse por correo electrónico exclusivamente a la dirección del *Anuario de Filosofía del Derecho* (afd@mjusticia.es). En el documento es imprescindible incluir los datos del autor así como el título del trabajo, entre los que deberá figurar tanto una dirección electrónica como una dirección postal de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones. Deberá a su vez incluirse la vinculación del autor con la institución pública o privada en la que desarrolla su cargo académico o actividad profesional relacionada con el área de filosofía del derecho (por ejemplo, en el caso de ser profesor universitario o de investigador en formación o postdoctoral, la universidad en la que ejerce su labor habitualmente).

II. Sistema de citas:

Las notas a pie de página se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III y se entenderá que constituyen las referencias bibliográficas del artículo, sin que sea necesario añadir una bibliografía final, evitando así reiteraciones. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor o autora seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor o autora tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página. En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor, autora o documento, se indicará con *ibidem* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *ídem*, *ibídem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas al pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda; siguientes se expresará como ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación (cfr.), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será art. y solo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el Boletín oficial en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F., *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o capítulo del libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*» manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. El autor que remita un trabajo de investigación ya publicado pero que haya sido objeto de una revisión y actualización sustantiva deberá acreditar fehacientemente la calidad de inédito de su trabajo conforme a las directrices de la Cátedra Unesco para que en última instancia el Consejo de Redacción o Asesor pueda considerar su posible evaluación. El evaluador externo será decidido por el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. La deliberación «por pares» de los trabajos presentados se realizará entre los meses de abril y junio y la aceptación o rechazo de los originales, así como las posibles sugerencias de modificación de los *referees* a los autores, serán comunicadas entre los meses de septiembre y octubre.

Tras el proceso de evaluación, los autores de los trabajos recibirán una comunicación motivada de la decisión editorial que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes.

Los evaluadores externos justificarán el dictamen emitido atendiendo a los siguientes criterios orientativos de evaluación de la Revista:

1. Idoneidad de la temática propuesta.
2. Originalidad o aportaciones novedosas.
3. Bibliografía y aspectos metodológicos.
4. Correcciones, recomendaciones y sugerencias de modificación.

Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos de evaluadores externos. Los evaluadores podrán hacer constar los aspectos a corregir o sugerencias de modificación, así como comentarios adicionales que consideren oportunos para mejorar la calidad del trabajo. En el caso de que uno de los informes sea negativo o positivo con modificaciones, se estará a lo que decida el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. En cualquier caso, si la evaluación es positiva pero se indican recomendaciones de modificación sustantivas, el Consejo de Redacción y en su caso al Consejo Asesor, concederá un período de tiempo suficiente para que los autores obligatoriamente le remitan la versión definitiva del texto con un informe razonado y detallado de la revisión realizada de acuerdo a los *referees*. En tal supuesto, la decisión sobre la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo de Redacción, y en su caso, al Consejo Asesor de la revista.

Serán criterios excluyentes para la no admisión de los trabajos:

- I. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
- II. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
- III. No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
- IV. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
- V. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.
- VI. Cualquier otra circunstancia que el Consejo de Redacción considere no adecuada a las instrucciones de la Revista.

A los autores cuyos trabajos hayan sido aceptados se les facilitará por correo electrónico el contrato de cesión de derechos de explotación del Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

Los autores de los trabajos rechazados recibirán por correo electrónico una comunicación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente, junto a una copia del contenido de los *referees* negativos.

V. Compromiso ético para la publicación de artículos:

El Anuario de Filosofía del Derecho se adhiere a las directrices del EASE (European Association of Science Editors) y del COPE (Committee on Publication Ethics) que pauta unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente de acuerdo a lo allí establecido:

A. Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la revista.

B. Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta, constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

C. El Consejo de Redacción y los editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses así como cumplir estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la Revista.

El Consejo de Redacción del *AFD*.

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Directora

Prof.^a Dra. ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Secretaria

Prof.^a Dra. TERESA PICONTO NOVALES
Universidad de Zaragoza

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof.^a Dra. MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ
Universidad de Alcalá

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

Prof. Dr. FERNANDO HIGINIO LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Prof. Dr. RAÚL SUSÍN BELTRÁN
Universidad de La Rioja

Prof. Dr. ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Universitat de València

CONSEJO ASESOR

Prof.^a Dra. ANA RUBIO CASTRO
Universidad de Granada

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

Prof.^a Dra. CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

Prof.^a Dra. JUANA MARÍA GIL RUIZ
Universidad de Granada

Prof. Dr. RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universitat de Barcelona

Prof.^a Dra. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

Prof.^a Dra. MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

Prof.^a Dra. ENCARNA BODELÓN GONZÁLEZ
Universitat Autònoma de Barcelona

Prof. Dr. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Universidade de Santiago de Compostela

Prof.^a Dra. ALESSANDRA FACCHI
Università degli Studi di Milano

Prof. Dr. MARIO. G. LOSANO
Università del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**